

Accidente De Transito Colision Entre Bicicleta Y Vehiculo

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Colisión entre bicicleta y vehículo En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se modifica la sentencia apelada elevándose las indemnizaciones por daño físico; por tratamiento psicológico; por gastos médicos, farmacia y traslados y se la confirma en lo demás que ha sido materia de agravios. En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 12 días de Mayo de 2016, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: ?GIMENEZ ELPIDIO C/ TOMAS CARLOS FABIAN Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)? y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose, plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Debe modificarse la sentencia apelada? VOTACION A LA CUESTION PLANTEADA EL DR. LLOBERA, DIJO: I. Los antecedentes del hecho Las presentes actuaciones se inician con motivo de un accidente de tránsito ocurrido el día 6 de junio de 2012, en el cual el actor, Elpidio Giménez, quien circulaba en una bicicleta por la Av. Cazón del Partido de Tigre, fue embestido por el colectivo de la línea 720 interno ..., Mercedes Benz dominio ..., lo cual le ocasionó las lesiones por las que reclama (fs. 25/32). II. La sentencia El fallo hace lugar a la demanda de daños y perjuicios y condena a los accionados Carlos Fabián Tomás y Micrómnibus Tigre S.A., a abonarle al actor la suma de \$ 335.000, con más los intereses que establece a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días en su modalidad ?home Banking?, tasa pasiva digital, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago. Impone las costas del pleito a la parte demandada y hace extensiva la condena a Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, en la medida del seguro contratado (fs. 456/460). III. La apelación La parte actora apela la sentencia (fs. 463) y expresa agravios (fs. 489/493), los que son contestados por la aseguradora (fs. 511/513) y por la demandada (fs. 517/520). Micrómnibus Tigre S.A. apela (fs. 461) y expresa agravios (fs. 504/509), los que son contestados por el actor (fs. 515/516). La citada en garantía apela (fs. 465) y expresa agravios (fs. 494/498), los que merecieron la respuesta de la contraria (fs. 515/516). IV. Los agravios 1. La deserción del recurso. La accionada, al contestar el traslado conferido (fs. 517/520), efectúa una aclaración preliminar en la cual sostiene que el escrito presentado por el actor no reúne los requisitos exigidos en el CPCC y pide se declare desierto el recurso interpuesto (art. 260 del CPCC). Expresar agravios consiste en el ejercicio del control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del Juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que ocasiona (esta Sala, causas n° 68.165, 68.667, 101.100). Bajo ese concepto, el Tribunal de Alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento de la apelación (doc. arts. 246 y 260 del CPCC). Entiendo que la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la Alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, en forma arbitraria, se afecte el derecho de defensa del recurrente. Así lo ha decidido esta Sala en numerosos casos (causas n° 99.866, 100.375, 100.883; entre muchos otros). La expresión de agravios de la parte actora, se refiere en forma concreta a la sentencia, por lo cual estimo debe tenérsele por cumplida la obligación del art. 260 del C.P.C.C. En razón de lo dicho y de compartirse este criterio por mi colega, corresponde proceder al análisis de los agravios vertidos por el demandante. 1. Rubros Indemnizatorios 2.1 Daños físicos y psíquicos. Incapacidad sobreviniente a) El planteo El sentenciador consideró prudente establecer la suma de \$ 160.000 para reparar la minusvalía física que afecta al actor. El reclamante cuestiona el monto fijado por insuficiente y argumenta: * Que el magistrado no evaluó la totalidad de la prueba producida en su justa dimensión. * Que el principio de reparación integral exige que no sólo se valore el grado de incapacidad laborativa genérica, la cual determinó el perito médico en un 34%, sino su situación personal, es decir, su edad y su actividad laboral. * Que quedó incapacitado en forma total para los trabajos que realizaba, y ello produjo una pérdida absoluta de sus ingresos. * Que dicha circunstancia quedó acreditada con las declaraciones testimoniales de Cardozo, Pagani y Ransan. * Que las secuelas que padece lo han limitado en su vida cotidiana y de relación. Cita doctrina y jurisprudencia y solicita se eleve el referido monto indemnizatorio. La aseguradora se queja porque considera que resulta excesivo en relación a las lesiones sufridas por el actor. Sostiene que el magistrado tuvo en cuenta en forma exclusiva el grado de incapacidad y rechazó las impugnaciones que efectuó su parte a la pericial médica, a las que se remite. Cita jurisprudencia y pide se rechace esta partida o se reduzca a sus justos límites. La demandada por su parte, se alza porque considera que el monto es alto y

alejado de la realidad y de las pruebas producidas. Refiere que el magistrado estableció el importe de forma arbitraria e infundada; que debe haber una prueba concreta para su determinación y si bien los testigos dijeron que no pudo volver a trabajar el oficio de la Guardería informa que no sabe cuantos días duró su ausencia ni la fecha en que volvió a ofrecer los servicios de custodia. Afirma que el resarcimiento tiende a cubrir la disminución de posibilidades y en el caso no se probó tal merma. Por ello, solicita que el monto se adecue y responda a las características del caso, gravedad y afecciones sufridas; pide se reduzca a su justa medida. b) El análisis

i. Daño físico. Caracterización. El daño está configurado por una lesión, que se define como una alteración a la contextura física y/o psíquica. En el primer supuesto comprende las contusiones, escoriaciones, heridas, mutilaciones y fracturas en general, alcanza todo deterioro en el aspecto físico o mental de la salud, aunque no medien alteraciones corporales. Lo indemnizable es el daño que se traduce en una disminución de la capacidad de la víctima en sentido amplio, que comprende la aptitud laboral y los restantes aspectos de su vida social, cultural, deportiva, etc. (art. 1086 CC). Es decir, que las afectaciones dan lugar a una indemnización en la medida que ellas importen una disminución de las funciones, sin que estas deban considerarse nada más que desde la óptica del trabajo, sino desde la plenitud psico-física de la que todo ser humano debe gozar como persona conforme al orden natural (Const. Prov., arts. 10, 12 y 15; Const. Nacional, art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, art. 5.1).

ii. Determinación pericial A efectos de determinar la existencia de una lesión y la medida en que ella incide en la plenitud de la persona, se hace necesario recurrir a la prueba pericial médica. En esta materia, corresponde atenerse a las conclusiones del informe del perito designado en la causa. No obstante, es sabido que el dictamen pericial no es vinculante para el juez. Por ello, podrá apartarse en forma total o parcial de sus términos cuando, tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica, en su caso las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, lo lleven a la convicción de que la pericia no reviste la solidez científica para ser tomada como elemento de prueba (CPCC. art.474). En el caso que se deseche el informe pericial resulta necesario aducir razones muy fundadas, porque el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el C.P.C.C. de la Provincia de Bs.As., Astrea, Bs.As., 1987, p. 524). La perito médica, luego de examinar al reclamante y evaluados los exámenes complementarios, determinó que las lesiones padecidas por el actor tienen relación de causalidad con el hecho motivo de autos. Explicó que como consecuencia del accidente sufrió una fractura lateral de cadera izquierda por la que debió ser intervenido quirúrgicamente. Señaló que como consecuencia de ello presenta dos cicatrices, una en el miembro inferior izquierdo de 15 cm., y la otra en la cara lateral del muslo de 3 cm.; que tiene una limitación funcional a la movilidad de la cadera izquierda, como rigidez, alteraciones en la marcha y dolor ante cambios atmosféricos, lo cual es consecuencia del largo período en que se vio inmovilizado previo a la cirugía como posterior hasta la consolidación de la fractura, cuyo tiempo resulta ser en promedio entre 90 y 100 días. Refirió que el período de rehabilitación para estos casos es de 5 a 6 meses hasta lograr la marcha sin accesorios; que en el caso del actor realizó 20 sesiones de kinesiología, conforme surge de las constancias emitidas por el Centro de Rehabilitación Cabanne. Dijo que también sufrió un traumatismo en la región lumbar, y a raíz de ello presenta una contractura paravertebral de la musculatura lumbar con limitación a la movilidad funcional de dicha zona del cuerpo. Concluyó que el grado y el carácter de incapacidad física resulta ser parcial y permanente por un total de 34%, compuesto de la siguiente manera: por fractura lateral de cuello de fémur con desplazamiento mínimo, sin varo ni valgo de cuello femoral, 25%; por lumbalgia, contractura muscular dolorosa persistente, pérdida de la lordosis y reducción del rango de movilidad de la columna, sin discopatía localizada, 6%; y por las cicatrices lineales en miembro inferior, 3%; ello conforme el método de suma directa, utilizando el Baremo General para el fuero Civil, de los Dres. Altube y Rinaldi (fs. 332/337). No obstante no haber ofrecido puntos periciales, este dictamen fue impugnado por la demandada fs. 348/350 y la aseguradora (fs. 352), mereciendo la oportuna respuesta del experto (fs. 363/366). En dicha oportunidad agregó que el actor tiene reducida la movilidad para deambular habitualmente, permanecer parado o agachado por tiempo prolongado, subir, bajar escaleras sentarse o levantarse. Señaló que transcurrido los primeros tres meses post operatorios la rigidez capsular instaurada resulta irreversible y un tratamiento futuro sólo servirá para disminuir los dolores crónicos y para ello determinó que necesitará un tratamiento kinesiológico por un promedio de 3 a 5 meses. Ratificó su informe porque no detectó artrosis coxofemoral que justifique el origen de esta limitación; y respecto al origen de la lumbalgia, no encontró constancias en el expediente que le permitan inferir que ésta es ajena al accidente. Aclara que la aplicación del Baremo General para el Fuero Civil Dres. Altube -Rinaldi (Ed. 2013), es el que se utiliza de manera mayoritaria para el Fuero Civil y Comercial, dado la objetividad que arroja el cálculo en relación a la incapacidad. Al respecto recordemos que la prueba pericial es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones de una especialidad técnica ajena al conocimiento judicial. Esta se produce a través del perito, que es un sujeto ajeno a las partes, con conocimientos técnicos de los que carece el juez o, por lo

menos, no está obligado a conocer, ya que su deber se circunscribe al conocimiento del derecho. Se trata de un auxiliar del órgano judicial, con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (cfr. Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con los códigos provinciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 644 y ss.). En consecuencia, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y científicos, y concuerda con los demás elementos de ponderación arrojados al proceso, la sana crítica aconseja -en principio- que frente a la imposibilidad de oponer argumentos de igual naturaleza y de mayor peso de convicción, se acepten sus conclusiones (cfr. CNCiv., sala C, LL, 1991-E, 489 del 14/6/1991, Palacio Derecho Procesal Civil, V-514 y sus citas; CNCiv, Sala I, ?C., A.P. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.?, LL, ejemplar del 12/11/2004, p. 7). Es menester señalar que en numerosas oportunidades esta Sala se ha pronunciado con relación a la prueba pericial, sosteniendo que los peritos son auxiliares de la justicia cuya misión consiste en contribuir a formar la convicción del Magistrado quien, no obstante no estar ligado categóricamente a las conclusiones del peritaje, que es sólo un elemento informativo sujeto a la apreciación del juez (SCBA, Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490), no significa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo (conf. causas 45.416 del 23-2-88, Sala 1°).

En cuanto al resarcimiento del daño estético debe recordarse que no constituye un tercer tipo de daño, ya que nuestro derecho positivo sólo contempla el resarcimiento del daño patrimonial y el moral (Código Civil: arts. 1068 y 1078), de modo que deberá resarcirse como daño material en la medida en que influya en las posibilidades económicas del damnificado o lo afecte en su vida de relación, pudiendo contemplarse al resarcir el daño moral el padecimiento espiritual que produce en toda persona la pérdida de la propia imagen corporal (S.C.B.A., Ac. 52.258 del 2 de agosto de 1994, D.J.B.A. 147-177 ; causas de esta Sala n° 75.403, 82.662, 101.131, entre otras). Este aspecto fue incluido por el sentenciador dentro de la incapacidad sobreviniente, circunstancia esta que no ha sido objetada por los accionados, por lo que entiendo, que nada cabe considerar al respecto (art. 272 del C.P.C.). En cambio, si ha sido observada por los demandantes en las impugnaciones, la forma en que arribó el perito médico para determinar la incapacidad mediante el cálculo de sumatorias de los porcentajes, la cual la estimó en un 34%. A mi entender corresponde ser atendida la cuestión, debiendo tomar en cuenta el método de cálculo de la capacidad restante. Con la prueba pericial médica, sumada a los informes e historias clínicas recibidas del Hospital Zonal Gral. De Agudo Magdalena V. de Martínez (fs. 286/287), Hospital Sirio Libanes (fs. 137/183), Centro de Rehabilitación Cabanne (fs.257/263), considero que ha sido probado tanto el daño en la salud, como su magnitud. Resta ahora valorizar la indemnización que le corresponde al reclamante. iii. La cuantía de la indemnización

El principio de la reparación integral responde al concepto de aquella que sea justa, entendiéndose por tal la que ubica al reclamante, dentro de lo posible, en una situación equivalente a la que se encontraba si no hubiera acontecido la violación del derecho. La aplicación de este método requiere el cumplimiento de las siguientes reglas: a) el daño debe ser fijado al momento de la decisión; b) la indemnización no debe ser inferior ni superior al daño sufrido; c) la apreciación debe formularse en concreto. Se caracteriza por conferir libertad al juzgador para valorar y cuantificar el monto indemnizatorio. Ante una incapacidad genérica parcial, el damnificado puede padecer diversos grados de minusvalía específica. Esta, según el caso, puede producir una pérdida total de los ingresos previos al hecho, una parcial, no necesariamente semejante al grado de incapacidad o no producir ninguna mengua (Iribarne, Héctor Pedro, ?De los daños a la persona?, EDIAR, 1993, pág. 515). El juez tiene la tarea de fijar una suma adecuada, con prescindencia de estimaciones incorrectas de las partes y hasta de opiniones periciales que a veces escamotean o agigantan los montos representativos de los daños sufridos (López Cabana, Roberto M., Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización, L.L., 2000-F-1325). Por ello, en la misión orientadora que deben tener los dictámenes periciales, resulta esencial que señalen en forma concreta qué consecuencias ha tenido la lesión en las actividades laborales que la víctima desarrollaba antes del accidente y qué limitaciones suscita en su vida cotidiana (Iribarne, Héctor Pedro, Indemnización por lesiones y por incapacidad. Pautas para su cuantificación, en la obra Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, p. 305). En razón de lo dicho queda claro que para cuantificar la indemnización que debe acordarse por un daño en la salud, es necesario disponer al menos de ciertos parámetros que permitan aquella valoración. Así, deberá ponderarse respecto de la víctima su edad, estado civil, nivel de preparación para su desempeño en actividades productivas o económicamente valorables su profesión u oficio, sus ingresos habituales, nivel de vida y condición social, entre otros (en el mismo sentido, S.C.B.A, Ac. N° 45.258, 19-6-1990), todo ello a la fecha del evento dañoso. En la estimación del monto indemnizatorio, resulta un elemento de singular importancia, no sólo la pericial médica referida a la incapacidad sino también las restantes pruebas que se hayan producido sobre los parámetros indicados en el párrafo precedente. En esta línea podremos disponer de declaraciones testimoniales, e informes de diversa naturaleza; todo ello tendiente a que quien debe juzgar cuente con elementos debidamente acreditados en la causa que permitan inferir, con relativa certeza, aquellos indicadores (CPCC. art. 375). El actor tenía, a la fecha del evento, 72 años de edad; era separado y jubilado, tenía dos hijas y nietos, trabajaba cuidando y lavando coches en la Guardería Náutica (fs. 194 y testimonios de fs.239 y 253/254); sin embargo, no se encuentran

acreditados sus ingresos económicos. No obstante la ausencia de estos indicadores, hallándose acreditado el daño padecido en su salud y sus secuelas y teniendo en cuenta que el grado de incapacidad establecido en la sentencia por el criterio de simple sumatoria de los porcentuales, fue impugnado por los accionados y reiterado en los agravios (fs. 495), corresponde que se establezca el monto de acuerdo al cálculo de la capacidad restante, de conformidad con el principio de reparación integral (CPCC, art. 165, segundo párrafo).

iv. Los precedentes Similares consideraciones a las que anteceden han sustentado numerosos precedentes de esta Sala (causas n°: 100.883, 93.308, 80.419, 89.892, 100.375, 101.709, 100.905, entre muchas otras).

c) La propuesta al Acuerdo En virtud de lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1083, 1086 y conc. del Código Civil (en similar sentido, arts.1737, 1738, 1739, 1740 y 1746 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., entiendo que la suma establecida en la instancia de origen (\$ 160.000) es reducida; tomando en cuenta el método de cálculo de la capacidad restante se estima ésta en un total de 31,61% (25% por lesión de la cadera, 6% por la lesión lumbar y 3% lesión cicatrizal), y las condiciones personales del reclamante, propongo al Acuerdo elevarla a \$ 240.000.

2.2. Daño psíquico y tratamiento psicológico a) El planteo El sentenciador consideró el trastorno de síntomas somáticos que determinó la perito y a los fines de sufragar el tratamiento psicoterapéutico recomendado fijó la suma de \$ 15.600. El actor sólo se agravia porque el monto otorgado resulta escaso en virtud de la inflación existente y solicita se eleve. Por su parte, la citada en garantía sostiene que el porcentaje de incapacidad que estableció la psicóloga en un 20% es por demás exagerado; que ello fue el fundamento de la impugnación, a la cual se remite. Pide se rechace el reclamo o se reduzca a sus justos límites.

b) El análisis Es criterio de esta Sala que el daño psicológico, en tanto se pruebe su carácter irreversible, debe ser tratado como incapacidad sobreviniente. De no ser así habrá que tenerlo en cuenta al considerar el daño moral, sin perjuicio del tratamiento de recuperación que se imponga (causas 3519/6, 38559/2012, entre otras). Comparto el criterio según el cual en los supuestos en que la pericial indique que la víctima debe efectuar un tratamiento, que ha sido determinado en tiempo, sesiones y valor de cada una de ellas, lo aconsejable es que la suma de dinero que se conceda por el rubro daño psicológico, equivalga al monto de dicha terapia. Por ello y tal como lo decidió el sentenciador en la instancia anterior, corresponde tratar este rubro como costo del tratamiento. La perito psicóloga, determinó que el actor a consecuencia del accidente, padece un trastorno de síntomas somáticos y estimó un 20% de incapacidad parcial y permanente, según el Baremo de Academia Nacional de Ciencias. Sugirió un tratamiento de un año de duración con frecuencia semanal, estimó el costo entre \$250 y \$300 (fs. 194/197). Este informe fue impugnado por las partes (fs.308 y 318/320) y respondido por la experta (fs. 357/361). Al respecto y teniendo presente lo dicho más arriba, en cuanto a la relevancia de los dictámenes, no obstante las observaciones efectuadas, no existiendo prueba que lo desvirtúe, no hallo razones que permitan apartarme del informe que se ha emitido en estos actuados (art. 474 del C.P.C.C.). No cabe duda de la existencia de las afecciones psicológicas que padece con motivo del accidente y no se halla en tela de juicio, en esta etapa del proceso, que la víctima debe efectuar el referido tratamiento, que ha sido determinado en tiempo, sesiones y valor de cada una. Por ello lo aconsejable es que la suma de dinero que se le conceda, equivalga al monto de dicha terapia (causas n° 100.883, 101.709, 102.722, 101.100, 102.592, entre otras). En cuanto al monto por sesión, el criterio de esta Sala a partir de la causa n° 35.739-2011, es fijarlo en la suma de \$ 360, a efectos de lograr la reparación integral del daño (art. 1083 del Cód. Civil).

c) La propuesta En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1068, 1069 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., entiendo que la suma establecida en la instancia de origen (\$ 15.600) es reducida, por lo que propongo al Acuerdo elevarla a \$18.720.

2.3. Daño moral a) El planteo Se estableció por este concepto la suma de \$ 120.000. El actor cuestiona dicha decisión porque considera que el sentenciador no valoró de manera adecuada sus afecciones íntimas y sus padecimientos. Sostiene que debió ponderar los sufrimientos producidos durante el período de curación y convalecencia, el dolor físico que resistió durante los tratamientos, el tiempo que estuvo internado, el largo período de inmovilización hasta que pudo deambular con un bastón y las secuelas corporales; que todo ello quedó acreditado mediante la prueba testimonial y pericial médica. Refiere que el sentenciador no tuvo en cuenta las consecuencias psíquicas que lo incapacitan en un 20%, que vio afectado en su vida de relación y doméstica, por cuanto vivía solo, circulaba en bicicleta, no requería ayuda de ningún tipo, comenzó a aislarse, a no tener independencia, a deprimirse y hasta perder el apetito. Pide se eleve de manera considerable. La demandada sostiene su queja en que el magistrado fijó el monto sin ningún tipo de elemento probatorio, ya que el actor nada aportó a fin de acreditar el daño moral. Dice que por tal razón el monto establecido convalida un enriquecimiento sin casusa. Expresa que la cuantificación de esta indemnización está vinculada de manera íntima con las circunstancias personales del afectado. Solicita se reduzca. También la citada en garantía se alza contra la decisión del juez de primera instancia, porque considera elevado el importe otorgado, en relación a los daños sufridos por el demandante. Pide se rechace o se reduzca a sus justos límites.

b) El análisis i. Caracterización El daño moral está configurado por una afectación íntima que sufre la persona con motivo del actuar de terceros, que implica una injusta privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en su vida y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (C. Civil, arts. 1078 y 1111; S.C.B.A, Ac. N° 63.364, 10-11-1998, DJBA

156-17). Su indemnización debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos del demandante, que constituyen aquello que se pretende reparar. La suma que se fije a tal efecto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (S.C.B.A., Ac. N° 51.179, 2/11/93). Encuentra su fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria, y por ende, imperfecta, del dolor íntimo experimentado, a raíz del siniestro. A través de ella se procura la obtención de gratificaciones sustitutivas de aquellos bienes perdidos, como fuentes de gozo, alegría, estimables en la esfera psicofísica (Iribarne, H., De los daños a personas, p. 162, Ediar, Bs. As., 1993) Para ello corresponde tener en cuenta que esta indemnización de carácter resarcitorio (C.S.J.N., 5/8/86, ED 120-649), debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por el demandante, valorándose la gravedad del ilícito cometido, sin que sea preciso que guarde relación con el daño material, ni con otros que se reclamen, pues no reviste carácter accesorio (C.S.J.N., 6/5/86, RED a-499).

ii. Los precedentes Todas estas consideraciones han sido ponderadas en reiteradas oportunidades por esta Sala cuando ha debido fijar una indemnización por el rubro que aquí nos ocupa (causas N° 101.321, 100.706, 102.722, 102.829, 100.883, 102.592, 101.100, 101.709, entre muchas otras).

iii. Las lesiones padecidas El actor ha sufrido las lesiones que se han detallado al considerar el reclamo por daño físico. Debe contemplarse, conforme la evaluación que efectuó el perito, constancias médicas e historias clínicas, que sufrió una fractura lateral de cadera izquierda y un traumatismo en la región lumbar. Por estas lesiones debió someterse: a una cirugía de cadera y efectuarse diversos estudios médicos; hacer reposo por largo tiempo hasta que se consolidara la fractura; necesitó ayuda de terceros para higienizarse y movilizarse; efectuar kinesioterapia (20 sesiones) para su rehabilitación. Tiene dolores crónicos en la cadera y en la comuna cervical lumbar, alteración en la marcha con asistencia de bastón, se encuentra limitado en su movilidad en la vida cotidiana (fs.140/183, 332/337 y 363/365). Los testigos refirieron que cuidaba y lavaba coches, hacia changas, era una persona ágil, andaba en bicicleta y después del accidente dejó de trabajar y necesitó una persona que lo cuide (fs. 239, 245 y 253). Todo ello sin duda le ocasionó muchos dolores, molestias y debió influenciar en su estado emocional de manera negativa. De la pericial psicológica surge que debe realizar un tratamiento, estimando su duración en un año, con frecuencia semanal. En cuanto a la incapacidad psicológica establecida en el 20%, me remito a lo ya expuesto en el punto 2.2.

Asimismo, deben evaluarse todas las circunstancias personales de la víctima ya mencionadas al tratar la minusvalía.

c) La propuesta al Acuerdo En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1078 y concordantes del Código Civil (en similar sentido arts. 1738 y 1741 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., entiendo que, la suma de \$120.000 establecida en la instancia de origen, es adecuada al caso, por lo que propongo al Acuerdo su confirmación.

2.4 Gastos de asistencia médica, farmacia y traslados

a. El planteo El magistrado fijó por este concepto la cantidad de \$ 40.000. Si bien el título no menciona el lucro cesante, ni el costo de la asistencia por terceros, solicitados por el actor (fs. 30), por lo expuesto en el considerando no cabe duda que al momento de decidir dicho importe también los tuvo en cuenta. La accionada se agravia porque entiende que, para reconocer la suma exorbitante que se otorgó en concepto de gastos, éstos deberían estar probados; que cuando son de poca entidad no es necesario justificarlos, pero en el caso, era necesaria su acreditación. Pide se rechace o se reduzca a sus justos límites. La aseguradora se queja porque la suma otorgada es excesiva y arbitraria; que el actor fue atendido en todo momento por medio de su obra social. También sostiene que el magistrado debió desestimar el lucro cesante, porque no se acreditó la existencia de la pérdida de ganancias y en relación a la asistencia de un tercero tampoco obra prueba alguna de este gasto. Pide se reduzca el importe para los gastos y se rechacen los dos últimos mencionados. El actor al contestar los agravios, afirma que el monto fijado se encuentra ajustado a derecho por cuanto el sentenciador incluyó en este, ?traslados, medicamentos, rehabilitación, viáticos, vestimenta, costo de la bicicleta, lucro cesante y asistencia de terceros durante su convalecencia?.

b) El análisis En cuanto a la queja efectuada por la aseguradora, cabe señalar que los gastos que las víctimas tuvieron que afrontar para el tratamiento de la lesión recibida, deben ser resarcidos aunque no se haya aportado prueba alguna al respecto, siempre que se encuentre acreditada la existencia de aquella; ello comprende los correspondientes a compras de farmacia, los gastos de traslados e inclusive aquellos necesarios para tratamientos futuros, si se encuentran relacionados con el accidente. Resulta de aplicación el art. 165 párrafo final del C.P.C.C., el cual confiere a los jueces la facultad de fijar el monto de la condena, siempre que se acredite la existencia del daño y aunque no resulte justificado su monto, ya que su desembolso se presume. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esta atribución debe utilizarse con prudencia, en especial porque la lógica impone suponer que, si se realizaron gastos de significación, lo normal es que por ellos se entreguen las correspondientes facturas. Esto es así, incluso cuando las víctimas se hubiesen atendido por intermedio de un hospital público, porque es sabido que igualmente se producen algunos gastos que deben ser contemplados, pero en menor medida. Por otra parte no puede obviarse que cuando se trata de gastos menores realizados en la angustiada etapa posterior a un accidente, no puede exigirse a la víctima toda su atención en la exigencia y conservación de los respectivos comprobantes (causas n° 101.100, 102.592, 106.056, entre muchas otras). El informe emitido por el Centro de Rehabilitación Cabanne (fs. 257/263), acreditó que el actor realizó 20 sesiones de kinesioterapia y si bien el perito médico en su dictamen refirió que deberá practicar un

nuevo tratamiento por un promedio de 3 a 5 meses (fs. 365), no estimo el valor su valor. En el caso, además de solicitar el reembolso por los gastos terapéuticos, de farmacia y de traslado, a los que hecho referencia, también peticionó los correspondientes a la asistencia por terceros. Si bien no adjuntó los respectivos comprobantes, el testigo Néstor Doret, al ser preguntado respecto de quién lo atendía, dijo ?? la hija Analía, los nietos y el yerno. Cuando ellos no estaban había una persona que lo atendía?? (fs.249). Teniendo en cuenta ello y dada la magnitud de las lesiones sufridas y la inmovilización que el cuadro requirió, tal como la señaló el perito médico (puntos 9, 10 y 11 de fs. 335/336), en mi parecer corresponde hacer lugar al reembolso de este aspecto del daño, que estimo prudencialmente en la suma de \$ 10.000 (art. 165 del CPCC). En cuanto al lucro cesante, se entiende por tal, el que ha sido frustrado; la utilidad, beneficio, ganancia o provecho de que se ve privado el acreedor, sea por la inejecución total o parcial de la obligación, o por retraso o mora en su ejecución, sin comprenderse en este concepto las ganancias hipotéticas (Rezzónico, Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 9ª ed. Vol.1, Depalma, 1966, p. 205; Llambías, Jorge J., Código Civil Anotado, t. II-A, Bs. As., 1989, p. 154 y ss; causas n° 93.663, 98.831, 99.735, entre muchas otras). La víctima de un ilícito se hace acreedora a la indemnización del lucro cesante (arts. 1068, 1069 Código Civil, Rezzónico, Luis María: ?Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil?, 9ª ed. Vol.2, Depalma, 1966, págs. 1252 y 1468). Sin embargo, su acreditación es el presupuesto del resarcimiento, pues sólo procede en la medida del perjuicio. De lo contrario, constituiría un enriquecimiento sin causa (Llambías, Jorge, Tratado de Derecho Civil Obligaciones, Tomo I, Ed. Perrot, 1973, p. 285). Debe tratarse de un perjuicio determinado y evaluable con certeza y no de una mera expectativa, ya que el resarcimiento patrimonial genérico ocasionado por el hecho se contempla bajo el rubro de indemnización por incapacidad. Para que resulte indemnizable debe acreditarse tanto la actividad desempeñada por el que pretende la reparación como la existencia concreta de las pérdidas experimentadas (S.C.B.A Ac. 22.350 del 22/3/77, causas esta Sala n° 48.495, 73.729, 73.666 entre muchas otras). Los testigos Pagani y Cardozo, refirieron que el actor trabajaba de cuidador y lava autos; que hacía changas y que con motivo del accidente debió dejar de realizar esa tarea (fs. 253/239). Si bien el primero hizo referencia al importe que le abonaba por el servicio que le prestaba, ello no prueba de manera certera el ingreso mínimo que denunció el actor en el escrito de inicio. Por tanto, estas declaraciones resultan insuficientes para la pretensión del resarcimiento por lucro cesante, dado que no acreditan en forma concreta las ganancias ni las pérdidas que la falta de actividad le ocasionó y no hay ninguna prueba fehaciente que confirme lo solicitado por el actor. En función de la prueba analizada, no habiéndose acreditado en forma certera la pérdida de ganancias peticionada, en mi parecer, corresponde desestimar el lucro cesante peticionado.

c) La propuesta al Acuerdo Tomando en cuenta las constancias analizadas y lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1086 y concordantes del Código Civil; arts. 165, 375, 384, 474 y conc. del CPCC, entiendo que el importe establecido en la instancia de origen (\$ 40.000) resulta elevado, por lo que propongo al Acuerdo reducirlo a la suma de \$ 20.000.

IV. Tasa de interés. a) El planteo El sentenciador aplicó la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus descuentos a 30 días. La citada en garantía sostiene que no resulta justa la aplicación de este tipo de tasa de interés, ya que implica una repotenciación del crédito que se reconoce al actor, por lo que solicita se revoque la sentencia en tal sentido. La demandada se queja porque la tasa fijada afecta el derecho de propiedad y produce un enriquecimiento indebido a favor del actor.

b. El análisis El tipo de interés en análisis constituye la forma específica de indemnización por el atraso en el pago de una obligación pecuniaria (conf. Trigo Represas, Félix A.- Compagnucci de Caso, Rubén H., ?Código Civil comentado?, Obligaciones, T°. I., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 493). Por otra parte el art. 622 del Código Civil establece que el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no los hay convenidos, se deben los legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si tampoco los hubiere legales, los jueces determinarán el que se deba abonar.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiterados pronunciamientos, insistió en la aplicación de la tasa de interés que se debe aplicar, en casos análogos al de autos, que es la que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires para depósitos en pesos a treinta días vigentes al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, desde el día del hecho y hasta el efectivo pago, estableciendo su doctrina legal al respeto (causa C. 101.774, ?Ponce, Manuel Lorenzo y otra contra Sangalli, Orlando Bautista y otros s/ Daños y perjuicios", del 21/10/2009; causa C. 92.681, "V., S. U. contra Schlak, Oscar Reinaldo y otros s/ Daños y perjuicios", del 14/9/2011; causa 102.410, ?Núñez, Enrique Agustín c/ Ivancich, Raúl Leopoldo s/ Daños y perjuicios?, del 4/4/2012; causa 107.097 ?Lescano, Gustavo Ariel c/ Cepeda, Edgardo Omar s/ Daños y perjuicios? del 27/6/2012; causa C 105.187, ?Spadaro, María Lorena c/ Salezzi, Claudia y otros s/ Daños y perjuicios?, del 15/8/2012). La doctrina legal es aquella interpretación que la Suprema Corte hace de las disposiciones legales que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia (SCBA causa N° 117.819 del 18/06/2014). Su objetivo es establecer una unidad interpretativa que hace imprescindible el anhelo de otorgar seguridad jurídica a la comunidad. La violación de la doctrina legal a la que se refiere el art. 279 inc. 1° del CPCC se configura en el caso que un fallo sea dictado con injustificado apartamiento o inobservancia de un criterio jurisprudencial sentado previamente por la Corte, en casos análogos o de estrecha similitud. Esta Sala, aplica la doctrina legal impuesta por la

SCBA y esto más allá que, en los fallos en que he emitido opinión, he dejado asentado que no comparto los argumentos en que se sustenta la referida doctrina. No obstante, razones de celeridad y economía procesal, como así también por la innegable aptitud vinculante de los fallos de nuestra Suprema Corte, conforme la ubicación en la cúspide de nuestro ordenamiento judicial local, siempre he propuesto adoptar su criterio (causas N° 40359-0 del 29/12/2014, 2528-6 del 20/11/2014, 38583-2009 del 12/11/2014, 15617-2011 del 23/10/2014, 1196-4 del 23/9/2014, 33760-11 del 7-7-15; entre muchos otros). Algunos tribunales, con la intención de no violentar la doctrina legal de la SCBA, consideraron que, dado la variedad de tasas pasivas ofrecidas por el Banco Provincia, no se encuentra obstáculo para utilizar una que sea más equitativa. Consideraron razonable aplicar la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para depósitos en pesos a treinta días respecto a fondos captados en forma digital; es decir, a través del sistema "home banking" de la entidad, que se denomina comercialmente como Banca Internet Provincia o BIP en su modalidad tradicional (Tribunal de Trabajo n° 7 de San Isidro del 19/3/2014, en autos: "Czernecki, Jorge Alberto c/ Rezagos Industriales S.A. s/ Despido", public. en La Ley online, AR/JUR8079/2014; Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, del 4/11/2014, en autos: "Remy, Juan Domingo c/ Viora, Orlando s/ Daños y Perjuicios", public., en RCyS 2015-V, 184, en La Ley online AR/JUR/70739/2014; Cám. Apel. Civ. y Com. Lomas de Zamora del 26/3/2015, en autos "Aguilera Azucena Petrona c/ El Puente SAT y/o s/ Daños y Perjuicios?"). Dicha tasa se encuentra publicada por la entidad oficial desde el 19/8/2008. La SCBA, en la causa 118.615 del 11/3/2015, en los autos caratulados "Zocaró, Tomás Alberto c/ Provincia ART S.A. y/o s/ Daños y Perjuicios?", dictó un fallo que entiendo, abre una senda favorable en tal sentido. Consideró nuestro Tribunal Superior que la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días vigentes en los distintos períodos de aplicación, impuesta por el Tribunal de Trabajo N° 1 de La Plata, no habilita la instancia extraordinaria, desde que el interesado no demuestra vulnerada la doctrina legal de la Corte elaborada al respecto, pues precisamente en ella se ampara el fallo de origen. En virtud de lo analizado, el respeto a la doctrina legal de la Corte en este tema y a los fines de salvaguardar el principio de la reparación integral, entiendo que nada impide aplicar una tasa pasiva que sea más equitativa (art. 622 del Cód. Civil, y art. 768 del CCCN). En dicho sentido ya se ha expedido esta Sala en anteriores decisiones (causa 33752-0 del 19/5/2015, Reg. N° 68; D-2375-04 del 19/5/2015, Reg. N° 69; 3149-6 del 28/5/2015, Reg. N° 80; entre otras). c) La propuesta al Acuerdo De conformidad con lo dispuesto por el art 622 del Cód. Civil (en igual sentido el art. 768 del CCCN), propongo al Acuerdo se confirme lo decidido en primera instancia en cuanto a la tasa de interés aplicada. V. Las costas de la Alzada En mérito a la forma en que se propone resolver los agravios planteados, entiendo que las costas de esta Alzada deben imponerse: a) por el recurso del actor, 25% al recurrente y 75% a los accionados; b) por el recurso de la demandada y de la citada en garantía, 25% al actor y 75% a los apelantes (art. 71 del CPCC). Por todo ello y los fundamentos expuestos, voto por la AFIRMATIVA. Por los mismos fundamentos el Dr. RIBERA vota también por la AFIRMATIVA. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se modifica la sentencia en el sentido que se elevan las indemnizaciones: a) por daño físico a pesos doscientos cuarenta mil (\$ 240.000); b) por tratamiento psicológico a pesos dieciocho mil setecientos veinte (\$ 18.720); b) por gastos médicos, farmacia y traslados a pesos veinte mil (\$ 20.000). Se confirma en lo demás que ha sido materia de agravios. Las costas de esta Alzada se imponen: a) por el recurso del actor, 25% al recurrente y 75% a los accionados; b) por el recurso de la demandada y la citada en garantía, 25% al reclamante y 75% a los apelantes. Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 de la Decreto Ley 8.904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen.

014382E