

## Incapacidad Sobreviniente Envejecimiento Previo

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Incapacidad sobreviniente. Envejecimiento previo

Se confirma la sentencia apelada en cuanto

desestimó la defensa de no seguro e hizo lugar a la demanda, y se la modifica parcialmente, elevando las sumas indemnizatorias.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días del mes de Noviembre de dos mil dieciséis, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia única en los autos caratulados "SAUBIDET Elsa René c. EMP. DE TRANSP. 12 DE OCTUBRE SRL y OTRO s. Daños y perjuicios?. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia dictada a fs. 667-686 el Sr. Juez de primera instancia desestimó la defensa de no seguro opuesta por el apoderado de Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, imponiéndole las costas, e hizo lugar a la demanda promovida por la Sra. Elsa René Saubidet contra la Empresa de Transportes 12 de Octubre SRL y Matías Daniel Alvarez, condenándolos junto con la citada en garantía, en la medida del seguro a abonarle la suma de \$ 38.985,60 con más intereses liquidados desde el día del hecho a la tasa BIP del Banco de la Provincia de Buenos Aires, e imponiéndoles las costas. Para así decidir, comenzó por establecer que el régimen de responsabilidad de la empresa de transportes era objetivo, en virtud de lo normado por el art. 184 del Código de Comercio hoy derogado (fs. 673). En relación al chofer Alvarez, dependiente de la empresa demandada, señaló que durante largo tiempo consideró que no era ?guardián de la cosa riesgosa? y que su conducta debía analizarse bajo la órbita del art. 1109 del C.C. ley 340, pero que un nuevo estudio de la cuestión y un precedente de la alzada de La Matanza, lo llevaba a encuadrar su responsabilidad en el art. 1113 de ese cuerpo legal, en virtud de la noción de ?guarda material? de la cosa? (fs. 674), y que en todo caso su conducta imperita o negligente actuaba como circunstancia que potenciaba el riesgo o vicio de la cosa (fs. 674 vta.). Estimó que pese a haberlas invocado, no se había acreditado que hubieran concurrido en el caso circunstancias eximentes de la responsabilidad de la demandada (fs. 675 u sgtes.), por lo que correspondía hacer lugar a la demanda. En cuanto a los daños reclamados, encuadró el denominado ?daño biológico? como incapacidad sobreviniente entendiendo que la Sra. Saubidet pretendía ser indemnizada también por lucro cesante, y admitió el parcial, con base en la pericia del Dr. Orellano, pero morigerándolo a la suma de \$ 30.000 (en la demanda se reclamaron \$ 40.000 bajo el título ?Daños en la persona. 1.a) Daño biológico a la salud, fs. 94 vta. y 96 vta.); hizo lugar también al daño psíquico por la suma de \$3640 para realizar el tratamiento psicológico aconsejado por la perito (se reclamaron \$ 6000 a fs. 96 vta.), al daño moral en la suma de \$ 4000 (reclamados en la demanda a fs. 97 vta.), y gastos terapéuticos, por un monto de \$ 1000 (se reclamaron \$ 3000 a fs. 98). Respecto al lucro cesante, no encontró razones para mensurar la inactividad más allá del alta médica de fecha 15-12-2009 y desde el día del hecho, el 7-11-2009, y consideró que la falta de prueba sobre la cantidad de días y horas trabajados no era óbice para la admisión del rubro, tomando como referencia la pauta del salario mínimo vital y móvil (con cita de la causa n° 145.843 resuelta en esta Sala II), por lo que sobre una base promedio estimada de cuatro horas tres veces a la semana, lo fijó en la suma de \$ 345,60 (fs. 681 vta., en la demanda se habían reclamado \$ 26.000 a fs. 98 vta.). En relación a la defensa de no seguro opuesta por la citada en garantía, y aún en la hipótesis de que se la hubiera deducido por el principio de eventualidad, destacó que la suma pretendida en la demanda era de \$ 79.000 por lo que excedía la de la franquicia pactada en \$ 40.000; que aunque el juicio prosperara por un importe menor, al practicarse liquidación ese monto sería sobrepasado, y que sin perjuicio de que ese monto fuera disminuido por la alzada, ?nunca debe perderse de vista que la condena contra el responsable civil es ejecutable -en principio- contra la aseguradora en la medida del seguro (arts. 109 y 118 tercera parte de la ley 17.418)? (fs. 682 vta.). Destacó que ninguna condena puede ejecutarse más allá de esa medida, por lo que no advertía la utilidad de oponer sistemáticamente la defensa ?en una suerte de diletante y especulativa práctica procesal?; por ello la rechazó e impuso las costas por su orden (fs. 683 y 683 vta., con cita de precedentes de la CSJN y de la SCBA). Ordenó liquidar intereses a la tasa BIP del Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde el día del hecho, con excepción del rubro ?daño psíquico?, por no haberse acreditado el desembolso de dinero para costear ese tratamiento. II: Apelaron los apoderados de la parte actora a fs. 687, de la citada en garantía a fs. 689, de la empresa de transporte a fs. 692 y del codemandado Alvarez a fs. 694. Los recursos fueron concedidos libremente a fs. 688, 690, 693 y 695, las respectivas expresiones de agravios se encuentran agregadas a fs. 719-729, 738-740, 707-709 y 715-717. A fs. 744-749 el apoderado de la actora respondió los agravios de Alvarez, y a fs. 760 los del

apoderado de la compañía de seguros, que hizo lo propio con el recurso de la accionante a fs. 751-752. II.1: Los agravios de la empresa de transportes y del codemandado Alvarez son de idéntico tenor: a) Cuestionan la admisión y cuantificación del rubro incapacidad por considerar que el magistrado de la instancia anterior ha efectuado una valoración dogmática, sin considerar debidamente las pruebas producidas. Afirmaron que teniendo en cuenta la edad de la víctima, y las circunstancias particulares que surgen de la pericia médica sobre los antecedentes de la actora, el valor otorgado es "excesivo, arbitrario y antifuncional" y no se condice con la jurisprudencia de esta Cámara, por lo que solicitaron la reducción de la indemnización a "sus justos límites" (fs. 707 y 715 vta.). b) Criticaron también el monto fijado en concepto de daño moral, "apoyándose tan solo en argumentos genéricos" (fs. 707 y 715 vta. apartado b). Sostuvieron si bien la actora "sufrió un traumatismo leve", no se justifica la indemnización, porque debe estar relacionada con la "gravedad objetiva del daño causado", y esa circunstancia no ha sido acreditada, por lo que la sentencia es arbitraria. Solicitaron la revocación de la sentencia con costas. II.2: Los agravios del apoderado de la parte actora pueden resumirse de la siguiente manera: a) La suma de \$ 30.000 fijada para reparar la incapacidad, no se condice con las pruebas aportadas, por lo que "corresponde por lo menos, aquella que en demanda se establece de \$ 40.000" (fs. 719). Resaltó los "innumerables padecimientos y dolores físicos" por ella padecidos, con permanente dolor corporal, "sobre todo de coxis (o cadera)" y la consiguiente dificultad para caminar. Ello sumado a que no pudo volver a trabajar en las tareas de servicio doméstico que realizaba, en razón del 18 % de incapacidad con que resultó afectada de acuerdo a la pericia médica producida. Argumentó que el capital oportunamente reclamado se ha visto disminuido en estos años por los avatares económicos e inflacionarios, por lo que solicitó que se aumentara el monto reclamado en la demanda (fs. 719 vta. segundo párrafo). b) El monto establecido para reparar el daño psíquico se debe elevar a "más del doble", porque el a quo cometió el error de fijar en \$ 70 el costo de cada sesión, cuando de la pericia psicológica surge que ése es el precio cuando se cuenta con obra social que cubre el tratamiento, elevándose a \$ 150 cuando tiene que ser abonado en forma privada. Por esa razón, debe modificarse la suma de condena elevándola a \$ 7.800 "o más a tenor del gasto terapéutico ante el daño psíquico" (fs. 720 primer párrafo). c) Cuestionó como exigua la indemnización acordada para reparar el daño moral, porque no se tuvo en cuenta, sostuvo, "todos los dolores, padecimientos, angustias, sufrimientos, estados depresivos y crisis que tuvo que soportar la actora", afirmando que correspondía otorgarle el doble según las pruebas aportadas (fs. 720). Nuevamente señaló que el capital reclamado originariamente está notoriamente disminuido por los procesos económicos e inflacionarios, por lo que solicitó que se aumentara el monto de condena a la suma de \$ 10.000 o en más de acuerdo a las pruebas. d) Pidió que por el parcial gastos terapéuticos se fijara "por lo menos" la suma de \$ 3000 reclamados en la demanda, teniendo en cuenta la gravedad del hecho?. e) Sobre el lucro cesante, criticó que el sentenciante haya mensurado sólo un mes por lucro cesante, con base en la fecha de alta médica y el informe del médico de policía. Calificó como erróneo el razonar judicial porque habiendo quedado con una incapacidad del 18 % "y en estado maltrecha por la edad (por encima de 60 años)", no pudo seguir trabajando; el alta médica en nada incide en ello, afirmó, pues si la persona posee dolores con edad avanzada y no se puede siquiera agachar, no puede seguir haciendo las tareas de esfuerzo que hacía antes del accidente. II.3: El apoderado de la citada en garantía formuló un único agravio contra el razonar judicial que entiende como contradictorio al reconocer la oponibilidad de la franquicia por un lado, y condenar en la medida del seguro por un monto menor a ella con más intereses, por el otro. Argumentó que si la franquicia se computa sobre el capital de sentencia, si éste es inferior, no existe participación de la aseguradora que habilite el prorrateo sobre los intereses y costas que genere el capital de condena, por lo que mal puede supeditarse su inexistente obligación a las resultas de los accesorios (fs. 739 apartado c). Solicitó la revocación de la sentencia con costas. III: La discusión entre las partes se centra, con distintos fines, en el monto de los rubros admitidos en la sentencia. La atribución de responsabilidad a los codemandados y su fundamento, la inexistencia de eximentes que permita liberarlos y el encuadre judicial del reclamado daño biológico como incapacidad sobreviniente, no han sido materia de agravio por lo que han arribado firmes a esta instancia (arts. 260 y 266 del CPCC). i) La incapacidad sobreviniente: Los elementos que el Sr. Juez de primera instancia tuvo en cuenta para fijar el monto de \$ 30.000 a los fines de la reparación de este rubro fueron: a) La pericia médica producida a fs. 591-598 determinó que la Sra. Saubidet, de 67 años al momento de la evaluación, sufrió politraumatismos al caer bruscamente de espaldas, con énfasis del lado I° (izquierdo) sobre la cadera I° (izquierda) coxis y región pectoral (a fs. 32 al ingresar a la Clínica de Fracturas y Ortopedia se consignó que iba sentada y al chocar cayó por las escaleras y se golpeó el pecho y la cadera izquierda). El perito Dr. Orellano indicó que ingresó caminando con bastón, marcha lenta y limitada y actitud de envaramiento, con fuerza motriz en miembro inferior, caderas, rodillas y tobillos de 4/5, e hiporreflexia aquiliana (fs. 594). Le solicitó una RX de columna lumbosacra, que arrojó como resultado una "escoliosis dextroconvexa, signos de espondilosis con disminución del espacio discal L5-S1. Los diferentes diagnósticos por los que se la trató fueron hematomas por politraumatismos lumbosacro y torácico e impotencia funcional", y el perito lo resumió como "lumbalgia traumática" (fs. 596), por lo que de acuerdo a las "Tablas de Evaluación de Incapacidades Laborales", aprobada por decreto 659/96 reglamentario de la ley

24.557, estableció una incapacidad del 18 %, atribuible en un 9% al accidente y en otro 9 % a un proceso degenerativo (fs. 595 vta.).

En respuesta al punto de pericia n°4, relativo a si existe posibilidad de que vuelva al estado anterior, dijo que llevaba más de cuatro años haciéndolo y sin recurrir a asistencia médica (fs. 595 vta.), y en cuanto a la existencia de patologías anteriores no traumáticas, dijo que tenía una espondiloartrosis (fs. 597, respuesta a punto de pericia b) de la citada en garantía). En razón de ciertas imprecisiones que surgían del dictamen, y como medida para mejor proveer, se celebró la audiencia cuya acta está agregada a fs. 770 a las que asistieron las partes y el Dr. Orellano, quien dijo que la incapacidad era acumulativa y que los porcentajes definidos en la pericia ¿son de acuerdo a la funcionalidad de la columna (9 % degenerativo y el 9% restante como consecuencia del accidente)?, Explicó que la actora seguía desarrollando sus actividades normalmente atendiendo al aspecto funcional de la columna, y que para definir la incapacidad tuvo en cuenta la movilidad de acuerdo a lo dispuesto por la ley 24.557, limitada según el ángulo de movimiento que realizara. Esa incapacidad sería ¿permanente y laboral?, y en cuanto a la ¿imposibilidad de conseguir alguien que la curase?, dijo que era muy común que los accidentados no concurrieran al médico por falta de recursos y resaltó la imposibilidad de paliar el dolor. Afirmó que la actora ¿habría asumido su dolor y que con esa incapacidad continuó con su vida?, y aclarando la respuesta al punto de pericia 4 citado, indicó que esa asunción no implica que se haya curado. Señaló que al momento de realizar los dictámenes se toman en consideración todas las lesiones de los pacientes aunque ¿no sean precisamente las padecidas con motivo del accidente? (fs. 770 vta.), y que la fractura tibial mencionada nada tuvo que ver con el hecho. b) Las constancias de la I.P.P. n°08-00-021610-09, caratuladas ¿Alvarez Matías Daniel, González Juan Manuel s. Lesiones Culposas?, que tengo a la vista, de la que surge que con fecha 21 de enero de 2010 se le efectuó un reconocimiento médico a la Sra. Saubidet, y en el examen físico se indicó que las lesiones que había sufrido eran ¿curables en menos de 30 días salvo complicación. Al presente examen no presenta secuelas de los hematomas sufridos en la oportunidad? (fs. 18, agregada en copia a fs. 66 de este expediente). c) La historia clínica n° 278967 de la Clínica de Fracturas y Ortopedia, agregada a fs. 31-35, indica que ingresó el 7-11-2009, con traumatismo en glúteo I° (edema y dolor), mano derecha (dolor MTC-F) y tórax (leve dolor a la palpación) y dolor lumbar, por lo que le indicaron Rx panorámica de pelvis. En la cadera la movilidad estaba conservada. El 9-11-2009 continuaba dolorida, con lumbalgia y hematoma en la mano izquierda, por lo que se le indicó control dentro de 7 días (fs. 32). En la resonancia magnética de columna realizada el 25-11-2009, observaron ¿espondilodiscartrosis del 5° espacio... Protrusión discal posterior y mediana del disco L5-S1. Protrusión discal posterior y mediana del disco L4-L5. Protrusión discal foraminal izquierda en L3-L4? (fs. 34). Le dieron el alta médica el 14-12-2009 (fs. 33). d) Al acompañar la historia clínica de la Clínica Pueyrredón a fs. 358-484, su director médico informó que la actora fue atendida por los Dres. Moyano y Fadon, cuyos diagnósticos fueron ¿dorso lumbalgia postraumática y lumbalgia y sacroileitis postraumática? y que las recetas y certificados eran auténticos (fs. 484). No encuentro en las copias agregadas anotaciones correspondientes al año 2009, pues desde noviembre de 2008 (fs. 433), se pasa a marzo de 2010 (fs. 424), en que ingresa para ser trasfundida, lo mismo que en agosto de 2010 (fs. 415), en septiembre se le inyectó hierro (fs. 406). En noviembre de 2012, fue intervenida quirúrgicamente por fractura del platillo tibial externo derecho ¿producida por ¿caída desde su propia altura? (fs. 394). Entre los antecedentes médicos consignados en cada ingreso a la institución no hay mención a la lumbalgia o a dolor al caminar, que según afirma ahora seguía padeciendo en marzo de 2010 a cuatro meses del accidente. Sin embargo, los certificados agregados en original a fs. 16 y 18, firmados por el Dr. Moyano han sido reconocidos, y en ellos se indicó con fecha 27-11-2009, que presentaba hematomas por ¿politraumatismos en región lumbo sacra y torácica anterior. Persiste con dolor e impotencia funcional?, sugiriéndole extender el reposo laboral por diez días más (fs. 16). Con fecha 21-12-2009 le envió una nota al Dr. Fadón diciéndoles que la paciente presentaba ¿dolor sacrococcigeo de varias semanas, postraumático que la limita a realizar sus actividades laborales?, solicitándole que la evaluara para ver si existía alguna terapia que acelerara la recuperación, debido a su escasa repuesta los AINES (fs. 18). A fs. 20 se encuentra una prescripción de Fadón de fecha 20-1-2010. No hay tampoco anotaciones en esa historia clínica relativas a la existencia de una ¿protrusión? (desplazamiento de un órgano o estructura hacia adelante que aparece normalmente por el envejecimiento de los discos o por un traumatismo, como un golpe fuerte en la espalda, que genera un movimiento de inestabilidad entre dos vértebras que es el causante fundamental del dolor de espalda, ver [www.medicalexercise.com/patologías/hernia\\_protrusion\\_discal.php](http://www.medicalexercise.com/patologías/hernia_protrusion_discal.php)), con anterioridad a noviembre de 2009. e) La pericia médica atribuye sólo un 9 % de la incapacidad total (18 %) al accidente porque consideró que el restante 9 % corresponde a un proceso degenerativo (fs. 595 vta.), ratificando en la audiencia que esa incapacidad era ¿acumulativa?, no obstante lo cual, afirmó pudo seguir realizando sus actividades normalmente desde el punto de vista funcional de la columna. Estimo que la existencia o no de un proceso de envejecimiento previo no ha tenido influencia causal en la incapacidad sobreviniente, porque ese estado de salud -no comprobado- no ha operado como causa o concausa jurídicamente computable que justifique liberar -parcialmente- al demandado por el daño injustamente sufrido, como ha ocurrido en la sentencia apelada. Traigo a colación en apoyo de mi razonamiento, el voto en disidencia parcial de mi distinguido colega de Sala, Dr. Monterisi, al que adherí en expediente n°136.205 (¿Vega Agustín

José y otros c. M.G.P.; Produc. Integrales S.A. y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 13-12-2007, R 1126 S F°3357/89; en igual sentido, expte. n° 159.096, ?Bañuls Adriana c. Noblia Olga s. Daños y perjuicios?, sent. del 3-5--2016, R 101 S F°514/28), en el que expresó sobre esta cuestión: ?Coincido con el criterio que señala que "las predisposiciones de la víctima y sus afecciones anteriores al hecho no excluyen la responsabilidad del agente, a menos que se demuestre que con anterioridad al accidente poseía ya una incapacidad determinada para trabajar" (CNCivil Sala C LL 134-1067). Ello hace a la diferencia entre causa, condición y ocasión. La condición facilita el resultado dañoso, la ocasión en cambio se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente (?La condición es inactiva" dicen Alterini, Ameal y López Cabana, ?(Derecho de Obligaciones", edit. Abeledo - Perrot, página 231, n°500, Bs.As. 2003), "se trata de un estado yacente e inerte cuya presencia o ausencia depende la capacidad operativa de la causa y la medida de su eficacia, pero ella por sí sola no produce cambio alguno". Como principio, dicen Pizarro y Vallespinos, no se responde por el mero hecho de haber facilitado o provocado la ocasionalidad del daño. El derecho no atribuye la autoría material del daño a un sujeto ni lo responsabiliza, por el mero hecho de haber puesto una condición, aunque ésta pueda ser necesaria para su producción, ya en caso de no haberse producido el efecto no se habría desencadenado (?Obligaciones?, t° 3, página 96, n°565, edit. Hammurabi, Bs.As. 1999). Como señala Zavala de González ("Resarcimiento de daños" 2 a página 292, editorial Hammurabi, Bs.As.2005) "... hay personas menos sanas o fuertes que la generalidad, también la edad puede influir, ciertos accidentes son aptos para producir consecuencias más gravosas en niños o ancianos, cuyos organismos tienen mayor debilidad u ofrecen inferiores defensas ante agresiones al cuerpo o a la salud. En tales hipótesis no hay verdaderas concausas susceptibles de aminorar la extensión de la responsabilidad. Ello porque nunca el hecho que obliga a responder "produce por sí solo ningún daño y siempre es necesaria la concurrencia de otros factores, entre los cuales, como es lógico, se encuentran las condiciones personales de la víctima (su edad, su fortaleza física, sus condiciones orgánicas, y de salud, etc.). En el caso, el estado de salud previo de la Sra...., ha operado como condición, no como causa eficiente de la incapacidad sobreviniente en tanto se ha tenido por acreditado que realizaba tareas, antes del hecho dañoso, y lo que sí resultó suficiente para dañarla, fue el acto ... del que fue víctima? (los resaltados y la cursiva no son originales). f) Cuando se carece de una pauta económica sobre la cual avaluar la incapacidad, se recurre al salario mínimo vital y móvil como índice orientador ya que es totalmente incierto el monto de los ingresos, y sobre ese monto se obtiene una suma que puede ser apreciada en más o en menos cuando las circunstancias así lo autorizan (Zavala de González Matilde, ?Resarcimiento de daños?, ob. cit., pág. 434; esta Sala II, exped. n°136.476, ?Lattanzi Vicente c. Henrik Daniel y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 13-11-2008, R594 F°4158/67; exped. n°157.876, ?Buffa Héctor Hugo c. Ciarfaglia Adrián Agustín y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-4-2015, R 87 S F°418/438; exped. n°128.711, ?Rodríguez Miriam c. Transportes Ómnibus Gral. Pueyrredón s. Daños y perjuicios?, sent. del 2-2-2016, R 2 S F°2/12). Es lo que hizo el sentenciante al valorar el lucro cesante. La pericia médica, valorada de conformidad a las pautas del art. 474 del CPCC, determinó un 18 % de incapacidad. El salario mínimo para el empleo en casas particulares a la época más cercana a la sentencia de primera instancia (Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, ?Derecho de Obligaciones?, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2003, pág. 266; esta Sala II, causas n° 123.295 y n° 144.183 entre otras; arg. art. 772 del CCCN), ascendía a \$. 4186 (Resolución 1062/2014 del Ministerio de Trabajo por delegación del art. 18 de la ley 26.844), y a la fecha a \$. 6322,50 (Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP), creada por la Resolución 939, paritarias del sector), con las distintas variaciones que ha ido sufriendo desde el día del accidente, por lo que teniendo en cuenta la edad de la actora a ese momento (63 años según su declaración a fs. 9 de la causa penal e historia clínica a fs. 31 de este expediente), que ya había cumplido la edad necesaria para el cese de su actividad (art. 19 inc. b) de la ley 24.241), el carácter parcial de la incapacidad que no le impide trabajar, aunque sí la limita, los montos otorgados en otros casos similares en que la incapacidad se produjo en personas en plena actividad (esta Sala II, causa n°156.096 citada, sentencia única en exped. n°159.732 y 159.844, de fecha 5-4-2016, R 77S F°371/89), propondré que se haga lugar a la indemnización del rubro por la suma de \$ 40.000 reclamados en la demanda ii) El lucro cesante: Altero el orden en que han sido formulados los agravios de la actora, en razón de la inescindible relación que existe entre este rubro y el anterior, porque bajo la denominación incapacidad sobreviniente se indemnizan consecuencias de índole material o económicas que de manera directa o indirecta repercuten o menoscaban la productividad y que son comunes a las que se cubren con el lucro cesante. Lo explica Matilde Zavala de González al decir que "las consecuencias materiales o económicas atinentes a los llamados lucro cesante e incapacidad no varían en lo fundamental, de modo que no hay verdadera diferencia - esencial u ontológica - entre esos rubros en lo que hace al daño mismo. En ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante, solo que en la primera hipótesis éste se conecta con la etapa terapéutica y hasta el momento del restablecimiento, y en la segunda hipótesis se atiende a secuelas no corregibles sino luego de un mayor plazo (incapacidad transitoria) o bien no subsanables en modo alguno (incapacidad permanente)" ("Resarcimiento de daños", ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 2-a, pág. 240, el destacado no es original). Ello no significa que sólo sea indemnizable la incapacidad sobreviniente con relación a personas que tienen una actividad lucrativa efectiva al momento de producirse el evento dañoso, sino que en los casos que así sea,

debe tenerse en cuenta esta distinción para evitar la duplicación de la reparación (esta Sala, exped. n°153.416, ?Mañas Germán Gabriel y otro c. Caressa Vicente y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 11-7-2013, R164-S F°703/11). En la demanda se reclamaron \$ 26.000, en concepto de lucro cesante, sobre la base de un ingreso -no acreditado- de \$ 1000 por mes, y hasta el momento de la demanda, partiendo del supuesto de que no pudo trabajar más por los dolores. De los recibos adjuntados a fs. 257-262 surge que al momento del hecho trabajaba en la Dirección de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, percibiendo un sueldo en noviembre de 2009 de \$ 1688,90. La testigo Graciela Patrizio declaró que la actora trabajaba en su casa, de lunes a sábado de 8.30 a 11.30 horas, cuando la llamó para decirle que había sufrido un accidente; recordó que además trabajaba en la Dirección General de Escuelas, y que luego del hecho no pudo seguir trabajando con ella ?por los dolores que tenía?, de rodilla y de ciático, que estuvo convaleciente ?más o menos unos siete u ocho meses? y que para hacer los quehaceres de su casa había tenido que contratar a una señorita que la ayudara en la limpieza (fs. 500 y 500 vta.). Alejandro Héctor Rodríguez coincidió en que había tenido que contratar ?a una chica que se llama Karina? para los quehaceres domésticos, que estuvo un largo tiempo sin trabajar por los golpes sufridos, y que volvió a hacerlo en el Consejo Escolar pero no en la casa en que lo hacía por horas (fs. 501).

Y finalmente, Alberto Seres, quien conoció a la actora cuando lo reemplazó en su labor de encargado de limpieza, recordó que en noviembre de 2009 la actora trabajaba en el Consejo Escolar y hacía trabajos de limpieza doméstica; que no lo volvió a reemplazar porque le dijo que había sufrido un accidente y tenía lesiones por los golpes recibidos. No recordó el valor de la hora de trabajo a ese momento pero sí que al momento de la declaración -13-3-2014- se pagaba entre \$40 o \$45 la hora (fs. 580 y 580 vta.). El a quo entendió que no había razones para mensurar temporalmente su inactividad más allá de la fecha en que se le otorgó el alta médica -15-12-2009- (constancia de alta médica de A.R.T. a fs. 625), coincidente además con el informe del médico de policía Horacio Esteban, obrante a fs. 18 de la causa penal, que estimó un plazo de ?menos de 30 días? para su curación (fs. 681 cuarto párrafo), y con la fecha de alta que figura en la historia clínica de la Clínica de Fracturas y Ortopedia, el 14-12-2009 (fs. 33). La actora dijo que ganaba \$ 1000 por mes (fs. 98 vta.), aunque no lo acreditó, y el sentenciante promedió un trabajo de cuatro horas tres veces a la semana, para calcular el monto del rubro, pese a que la testigo Patrizio había declarado que en su casa trabajaba tres horas pero de lunes a sábado. Por otra parte de los recibos emitidos por la Dirección de Cultura y Educación, surge el sueldo de \$ 1698,90 que percibía. El testigo Rodríguez declaró que siguió trabajando allí por lo que es lógico inferir que le pagaron el sueldo durante la etapa de curación (arts. 208, 211 y ccdtes. de la ley 20.744), dado que no probó lo contrario, lo diferente del curso ordinario y natural de las cosas. El apelante señala que el alta médica no necesariamente coincide con el alta para trabajar, máxime si quedó con una incapacidad del 18 % teniendo más de 60 años de edad (fs. 721). Atendiendo a ello es que al iniciar el tratamiento de este rubro mencioné la diferencia entre las consecuencias económicas a reparar durante la etapa terapéutica (lucro cesante) y las generadas por secuelas no corregibles (incapacidad sobreviniente). Sobre esa base, ante la falta de prueba, nuevamente hay que recurrir a los parámetros proporcionados por el salario mínimo vital y móvil, en los valores más próximos a la sentencia, por lo que estimo prudente fijar el lucro cesante por treinta y ocho (38) días sin poder trabajar, en la suma de pesos ocho mil ocho con cincuenta centavos (\$ 8008,50) ( $6322,50 / 30 = 210,75 \times 38 = 8008,50$ ). iii) El gasto terapéutico futuro: En virtud del tratamiento aconsejado por la perito psicóloga a fs. 587 y 587 vta., con la frecuencia indicada en las explicaciones de fs. 614 vta. -una sesión semanal durante seis meses a un año-, este rubro también debe ser elevado a valores cercanos al momento del dictado de esta sentencia (Alterini. Ameal, López Cabana, ob. cit., pág. 266; SCBA, causas 44.415, 117.926, como una de las opciones que tiene el Juez para fijar el quantum indemnizatorio). El a quo tuvo en cuenta que la actora fue dada de baja de la obra social IOMA con fecha 17-4-2013 (según surge del informe de fs. 567), y por ello tomó como base el honorario indicado por la perito de \$ 70 para aquellas personas que carecen de obra social y pueden atenderse en el Servicio de Atención a la Comunidad del Colegio de Psicólogos (fs. 587 vta.). Esa estimación fue realizada en abril del año 2014, por lo que de conformidad a lo dispuesto por el art. 165 último párrafo del CPCC, y en atención a que en la página web del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires Distrito X ([www.colpsiba.gov.ar](http://www.colpsiba.gov.ar)), se establece como arancel mínimo sugerido por sesión la suma de \$ 198 (6 VUP, \$ 33 x 6), estimo el rubro en la suma de pesos nueve mil quinientos cuatro (\$ 9.504) (esta Sala II, exped. n° 159.732 y 159.844, ?Olsen Leticia c. Colombo Alberto E., Beneito Luis A., Solari Mario D., Oneto Luis E., Cía. Seg. Liderar y Cía. Seg. Mercantil s. Daños y perjuicios? y ?Beneito Luis y otro c. Oneto Luis y otros s. Daños y perjuicios?, sent. única del 5-4-2016, R 77 S F°371/89). iv) El daño moral: El monto fijado para indemnizarlo l -\$ 4000- fue apelado por todas las partes. Zavala de González señala que ?como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudir a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva? y que ?los daños morales son perceptibles por el Juez?, pues ?el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación? ((Zavala de González Matilde, ?Resarcimiento de daños?, ¿Cuanto por daño moral?, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 5 A , págs. 106

y 107). Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González Matilde, ¿Cuanto por daño moral?, ob. cit., pág. 80 y sgtes.; en igual sentido Viramonte Carlos y Pizarro Ramón Daniel, ¿Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.?, en La Ley Córdoba 2007, Junio página 465, con cita de los fallos de la CSJN, 4/10/94,JA,1995-II-19 y 10/11/92, JA, 1994-I-159). De tal modo, señalan, se impone al tribunal el deber de examinar las pretensiones deducidas, prudentemente, y verificar si se han producido los perjuicios que se reclaman, evitando cuidadosamente no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables" (CS, 24/9/96, JA, 1997-III-142). A tal fin entiendo que deben computarse: a) la afectación física padecida por la actora, establecida por la pericia médica en un 18 %, y en virtud de los fundamentos brindados para no acoger el criterio del perito relativo a que sólo un 9 % tiene causa en el accidente (punto III apartado i-e). Por la lesión sufrida debió guardar reposo laboral durante 30 días (fs. 18 de la causa penal y fs. 32 de la HC de la Clínica Fracturas y Ortopedia y certificados de fs. 15 y 16), y al momento de la pericia médica -25-3-2014- se presentó caminando con bastón, con marcha lenta y limitada y actitud de ¿envaramiento? (fs. 594, es un entumecimiento de un músculo o miembro, [www.thefreedictionary.com](http://www.thefreedictionary.com)). b) las afecciones espirituales descriptas en la pericia psicológica de fs. 581-588, que señala que al describir el accidente manifiesta ansiedad y angustia, siente ¿que le cambió la vida? y ya no puede dirigirse como lo hacía antes y en ocasiones depende de otros, su marcha es dificultosa y debe usar bastón (fs. 585 vta., con los comentario transcritos a fs. 584 vta.). El test desiderativo indicó que las defensas eran ¿depresivas?, y la conclusión fue que la actora presentaba ¿indicadores de deterioro y malestar clínicamente significativos en las áreas importantes de la actividad? (fs. 586 vta.) Señaló que el evento influyó ¿con las cualidades de un trauma, entendido como todo acontecimiento de la vida de un sujeto caracterizado por su intensidad, la incapacidad para responder adecuadamente y el trastorno y efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica?, refiriendo dificultades económicas porque perdió los trabajos en las casas en que limpiaba, recuperación con dolores y un problema emocional consistente en no poder andar sola sin temor a que le ocurra alguna fatalidad, no andar en colectivos, usar bastón y faja (fs. 587). Sugirió el tratamiento como un espacio para ¿lograr la remisión de las manifestaciones clínicas del cuadro?, que son consecuencia y expresión de un a trauma psíquico no de una neurosis estructural, por lo que el tiempo al igual que el pronóstico ¿está sujeto a su propia evolución? (fs. 587 vta.). Las circunstancias analizadas hacen que asista razón a la parte actora, y que de conformidad con las pautas utilizadas por esta Sala II (causas n° 144.251, 141.569, 134.633, 135.128), la reparación fijada resulte insuficiente en orden a la satisfacción del crédito por indemnización del daño moral, por lo que propondré al acuerdo que se lo eleve a la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) solicitados (fs. 720 vta.), a fin de otorgar una indemnización similar frente a perjuicios iguales (esta Sala II, exped. n° 149.916 ya citado; n° 147.147, ¿Dona Marta Beatriz c. Farmacia Musceta SCS s. Daños y perjuicios?, sent. del 10-6-2011, R89(S) F° 496/500; n° 133.387, ¿Lescano Pabla c. Escariz Hugo s. Daños y perjuicios?, sent. del 2-11-2011, R249 (S) F° 1276/80; exped. n° 152.306, ¿Cataldo Héctor Enrique c. Transportes 25 de Mayo y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-3-2013, R 44S F° 181/88; exped. n° 157.719, ¿Chuliber Elba Ethel c. Supermercados Mayoristas Makro s. Daños y perjuicios?, sent. del 3-9-2015, R 225 S F° 1103/5; exped. n° 156.139, ¿Correa Héctor Pablo c. Izaguirre Leandro Favio s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-8-2014, R 216 S F° 918/22; exped. n° 155.233, ¿Hartman Nilda c. Antunno José y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 20-2-2014, R 39 S F° 69/74; exped. n° 144.183, ¿Gómez García Macarena c. Leiva Juan Carlos s. Daños y perjuicios?, sent. del 25-3-2014, R 90 S F° 331/6; exped. n° 154.206, ¿Catalán Jorgelina del Carmen c. Transportes 25 de Mayo SRL s. Daños y perjuicios?, sent. del 19-9-2013, R 224 S F° 991/3, entre otras). v) Los gastos terapéuticos: No encuentro razones para apartarme de lo decidido por el juez de primera instancia y de los fundamentos que expuso para ello. La primera etapa fue cubierta por la aseguradora como surge de la HC de la Clínica de Fracturas y Ortopedia a fs. 31; luego estaba afiliada al IOMA, organismo del que fue dada de baja en 2103, y no obstante admitió el rubro para cubrir las erogaciones que pudo haber realizado sin obtener comprobantes. Por otra parte, las facturas agregadas a fs. 13, y 23 a 30, demuestran que el cálculo efectuado en la sentencia se corresponde con lo que verosíblemente pudo haber gastado la actora en su recuperación y traslados. Por los fundamentos expuestos propondré al acuerdo que se haga lugar al recurso de apelación de la actora y se modifique la sentencia de primera instancia, elevando las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente a la suma de \$. 40.000, por lucro cesante a \$ 6.322,50, por gasto terapéutico futuro a \$ 9504 y por daño moral a \$ 10.000, que totalizan una condena de pesos sesenta y seis mil ochocientos veintiséis con cincuenta centavos (\$ 66.826,50). IV: El recurso de apelación de la citada en garantía, ha caído en abstracto. Si bien le asiste razón en su planteo de que si el capital de sentencia es inferior a la franquicia pactada en el contrato de seguro, no corresponde que participe del prorrateo de intereses y costas, por cuanto no está en mora (arg. art. 851 inc. f) del CCCN; esta Sala II, exped. n° 144.132, ¿González Orono María Isabel c. Transportes 25 de Mayo SRL s. Daños y perjuicios?, sent. del 16-2-2010, R 24 S F° 133/38), lo cierto es que ese capital se ha

elevado en el caso a una suma que excede el monto de aquella franquicia, por lo que entiendo que el cuestionamiento ha caído en abstracto (arg. arts. 242, 260 y 266 del CPCC). En virtud de los fundamentos expuestos, VOTO POR LA NEGATIVA El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: Corresponde: I) Rechazar los recursos de apelación de la empresa de transportes 12 de octubre SRL y del codemandado Alvarez. II) Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y modificar la sentencia de primera instancia elevando las sumas para indemnizar la incapacidad sobreviniente a pesos cuarenta mil (\$ 40.000), el lucro cesante a pesos ocho mil ocho con cincuenta centavos (\$ 8.008,50), el gasto terapéutico futuro a pesos nueve mil quinientos cuatro (\$ 9.504) y el daño moral a pesos diez mil (\$ 10.000), totalizando una condena de pesos sesenta y ocho mil quinientos doce con cincuenta centavos (\$ 68.512,50). III) Declarar que el recurso de la citada en garantía ha caído en abstracto (arg. art. 242 del CPCC). IV) Imponer las costas de esta instancia a las codemandadas vencidas y a la aseguradora Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros en la medida del seguro (art. 118 de la ley 17.418 y 68 del CPCC). V) Las costas por el recurso de la citada en garantía se imponen por su orden (art. 68 segundo párrafo del CPCC), en atención a los fundamentos por los que se lo declara caído en abstracto. VI) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 del decreto ley 8904. ASÍ LO VOTO El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. SENTENCIA Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se rechazan los recursos de apelación de la empresa de transportes 12 de octubre SRL y del codemandado Alvarez. II) Se hace lugar al recurso de apelación de la parte actora, y se modifica la sentencia de primera instancia elevando las sumas para indemnizar la incapacidad sobreviniente a pesos cuarenta mil (\$ 40.000), el lucro cesante a pesos ocho mil ocho con cincuenta centavos (\$ 8.008,50), el gasto terapéutico futuro a pesos nueve mil quinientos cuatro (\$ 9.504) y el daño moral a pesos diez mil (\$ 10.000), totalizando una condena de pesos sesenta y ocho mil quinientos doce con cincuenta centavos (\$ 68.512,50). III) Se declara caído en abstracto el recurso de la citada en garantía (arg. art. 242 del CPCC). IV) Las costas de esta instancia se imponen a las codemandadas vencidas y a la aseguradora Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros en la medida del seguro (art. 118 de la ley 17.418 y 68 del CPCC). V) Las costas por el recurso de la citada en garantía se imponen por su orden (art. 68 segundo párrafo del CPCC), en atención a la manera en que se resuelve. VI) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 del decreto ley 8904. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase. 013543E