

Presencia De Obstaculos En Una Autopista Colision Contra Una Columna De Hormigon Responsabilidad Del Concesionario Vial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Presencia de obstáculos en una autopista. Colisión contra una columna de hormigón. Responsabilidad del concesionario vial

Se incrementa el monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios que sufriera la accionante en circunstancias en que se desplazaba en su vehículo por la autopista Panamericana, al perder el control de su automóvil y colisionar contra una columna, cuando intentó esquivar un paragolpes que se encontraba tirado en el asfalto.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los días del mes de abril de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos caratulados: ?PUERTA, María Paula contra AUTOPISTAS DEL SOL S.A. sobre Daños y Perjuicios?; habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo: Contra la sentencia de grado dictada a fs. 2215/2223 que hizo lugar a la demanda expresó agravios la actora a fs. 2294/2300 y la citada en garantía a fs. 2301/2309, los que fueron contestados a fs. 2311/2318 y fs. 2319/2321 respectivamente.

I.- La cuestión litigiosa. La actora reclamó la indemnización por los daños y perjuicios sufridos el 16 de noviembre de 2004. Relató que en circunstancias en las que se desplazaba en su vehículo Peugeot modelo 306 (dominio BDL-339) por la autopista Panamericana, mano hacia Capital Federal, luego de haber traspasado el puente peatonal se encontró sorpresivamente con un paragolpes tirado en el asfalto. Con la intención de esquivar el obstáculo -continúa su relato- efectuó maniobras de desvío, las que resultaron infructuosas perdiendo el dominio del rodado que empezó a derrapar y golpeó contra los postes de hormigón, quedando el vehículo incrustado en la columna base del puente peatonal, generándole los daños objeto de reclamo. Imputó la responsabilidad por el hecho dañoso a Autopistas del Sol S.A. y requirió la citación en garantía de ?La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.?. Autopistas del Sol S.A. alegó la culpa de la víctima como eximente de su responsabilidad, quien se desplazaba a excesiva velocidad y efectuó una maniobra abrupta perdiendo el control de su vehículo. Negó la existencia de un objeto tirado sobre la traza -paragolpes-. En subsidio, alegó la culpa de un tercero por quien no debe responder (conf. contestación de fs. 1482/1497). La empresa de seguros reconoció la cobertura al tiempo del hecho y denunció la existencia de una franquicia. Respondió la demanda en términos similares a los de su asegurada. Sostuvo el cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de la demandada (conf. contestación de fs. 1550/1566). La Sra. juez de grado adjudicó la responsabilidad por el hecho dañoso Autopistas del Sol S.A., haciendo extensivo el pronunciamiento a ?La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.?. El pronunciamiento resultó apelado por las partes. La actora entiende reducidas las sumas reconocidas por ?Incapacidad física?, ?Daño psicológico?, ?Daño estético? y ?Daño moral?. La citada en garantía objeta el encuadre jurídico que se le dio a la relación entre el concesionario y el usuario vial. En otro orden de ideas, sostiene que el accidente se produjo por culpa de la víctima. Considera elevado el monto reconocido por Incapacidad física; objeta la autonomía de los rubros por ?Daño psíquico?, ?Daño moral? y ?Daño estético?. En subsidio, pide la reducción de las sumas otorgadas por estos rubros al igual que por la partida ?Gastos y Rehabilitación médica?. Finalmente, se queja de que se aplique la tasa activa desde la fecha del accidente por importar un enriquecimiento indebido a favor de la víctima. En primer lugar, he de señalar que en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción del siniestro en estudio, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. II.- La génesis de la obligación del corredor vial. La citada en garantía cuestiona el campo de la responsabilidad en el que - según la primer sentenciante- se haya inmerso el corredor vial. Ahora bien, incumbe al juez, por el principio iuria novit curia suplir el silencio de las partes al invocar el derecho aplicable o calificar la acción si fue erróneamente señalada, circunstancia que no quebranta el principio de congruencia (art. 34 inc. 4° y art. 163 inc. 6° del Código Procesal). En tal línea argumental, no alterándose los hechos expuestos en la traba de la litis, los jueces pueden calificar la pretensión y aplicar el derecho que entiendan que corresponde al caso en estudio con independencia de las normas que invoquen las partes (Chioyenda, ?Principios de Derecho Procesal Civil?, Madrid 1922, T 1, pág. 238; Falcón, Enrique ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., TII, Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 1983, p. 140/41, Fassi Yañez, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., T 1 Ed. Astrea, Buenos Aires 1988, pág. 794/95; Kemelmajer de Carlucci, A., en "Cód. Civil...", T.5, p. 332 y fallos allí citados). Si bien en pronunciamientos anteriores sostuve la ausencia de un vínculo contractual entre la concesionaria y el usuario del servicio prestado por aquella, un nuevo análisis sobre la cuestión, motivado en los intereses y valores en juego, crean en mi ánimo una firme

convicción que me llevan a modificar mi parecer sobre la cuestión. En esta tesitura he de adherir a los fundamentos dados por mi distinguido colega de Sala Dr. Ameal, quien en lo atinente a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los concesionarios viales, desde ciernes pregonó en sus pronunciamientos la teoría contractualista en el campo del derecho privado, unida a la tesis que la define como una relación de consumo, con la correspondiente obligación de seguridad que la prestadora del servicio vial debe al consumidor (conf. Galli, Cintia Nora c. Autopistas Urbanas S.A. s. daños y perjuicios?; libre de fecha 27 de diciembre de 2.006, Recurso n° 457.005, en los que el daño se produjo como consecuencia del mal funcionamiento de la barrera del peaje). Este criterio, ha sido sustentado por una calificada doctrina, mayoritaria entre los iusprivatistas, según la cual la relación que existe entre la empresa concesionaria de peaje y el usuario es de naturaleza contractual (Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella, LA LEY, 1992-D; Parellada, Carlos, Colisiones entre automotores y ciclista. Automotor y carros. Automotor y animales. Automotor y camiones. Automotor y trenes, Revista de derecho de daños, Accidentes de tránsito, t. II, p. 131; Azar, María José, La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización, RCyS, 1999-185; Zavala de González, Matilde, "Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998", LA LEY, 1999- C, 877. En este sentido se pronunció el despacho mayoritario de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil suscripto, entre otros, por Bueres, Goldenberg, Agoglia, Boragina, Meza, Lloveras de Resk, Sagarna, Picasso, Wajtraub, Gesualdi, Parellada, Ameal, Gheresi, Casiello y Burgos). Los defensores de la tesis contractualista aseveran que la naturaleza del vínculo que liga a la empresa y al usuario no es tributaria, sino contractual. En el precio por el servicio que éste abona está incluido el IVA, lo que pone en evidencia que no puede tratarse de un tributo, pues técnicamente no puede haber un tributo (IVA) sobre otro tributo (el peaje). El usuario es consumidor final y no contribuyente. Por otra parte, entienden que se trata de una obligación de seguridad, de tinte objetivo, que se desprende del art. 1198 del Código Civil y, en su ámbito específico, de los arts. 5 y concs de la ley 24.240 de defensa del consumidor (art. 5 y concs.) (Adla, LIII-D, 4125), en armonía y reglamentación de lo prescripto por el art. 42 de la Constitución Nacional. Desde otro ángulo, en lo atinente a la carga de prueba, aunque algunos consideran que dicha obligación es de medios, con inversión de carga de la prueba y basamento consiguientemente subjetivo, este tribunal se inclina por considerar que estamos ante una obligación de resultado, alcanzada por factores objetivos de atribución. La distinción, tal como explica Pizarro, es trascendente en el plano de las eximentes, pues en el primer caso, a la empresa le bastaría con demostrar un obrar diligente, o lo que es igual, que adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas, en tanto que, en el último supuesto, su responsabilidad sería más estricta y sólo se liberará probando la causa extraña (ver Pizarro, Ramón D. Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema Suprema Publicado en: LA LEY 30/03/2006 , 1 LA LEY 2006-B , 449 RCyS 2006 , 375 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III , 1493). Quienes se enrolan en el terreno de la relación de consumo y en el ámbito específico de los principios y normas de defensa del consumidor (art. 42 C.N., ley 24.240 y disposiciones concordantes la tesis de la relación de consumo) ponen en cabeza de la empresa concesionaria una obligación de seguridad, de resultado y objetiva, que lo cubre de la enorme mayoría de los riesgos que apareja la circulación en rutas concesionadas. No sólo de aquellos que dimanen del estado de la carpeta asfáltica, sus banquetas, la señalización, etcétera, sino de la presencia de animales u otros obstáculos de similar naturaleza (Lorenzetti, Ricardo, "Concesiones viales ¿En qué caso hay responsabilidad?", Revista de derecho de daños n. 3, p. 157; Rinesi, Antonio, "La desprotección de los usuarios viales", Revista de derecho de daños, n. 3, p. 111; ídem, "El servicio público y la defensa del usuario", LA LEY, 1995-E, 1148; Galdos, José M., "Peajes y animales sueltos ¿Clausura de un debate?", LA LEY, 2000- E, 494). Por los fundamentos expuestos se encuadrará la responsabilidad de la concesionaria vial en el campo contractual, compartiendo la opinión sustentada en la instancia de grado.

III.- El hecho dañoso y su responsabilidad. Se encuentra acreditado que el día 16 de noviembre de 2004 se produjo un accidente de tránsito a la altura del km 33,40 de la autopista Panamericana, mano hacia Capital Federal, en el que resultó lesionada de gravedad María Paula Puerta, quien se desplazaba a bordo de su vehículo Peugeot 306 (dominio BDL-339). Recordemos que nos encontramos en presencia de un factor de atribución de responsabilidad objetivo, el que se justifica con prescindencia de la valoración de la conducta subjetiva del obligado -culpa o dolo, entre los cuales se encuentra la garantía como factor de atribución, el que conlleva la seguridad que alguien brinda a terceros de que si se produce un daño en determinadas circunstancias afrontará su resarcimiento. Lo que se asegura no es la inocuidad, sino la indemnización, aun sin infracción previa de algún deber del responsable. El factor de garantía opera cuando pesa sobre alguien un deber de procurar la inocuidad y velar por la seguridad ajena en el despliegue de determinadas actividades. Sin embargo, y en el caso de ocurrir un hecho lesivo la responsabilidad surge aun cuando el demandado acredite que desplegó gestiones de cuidado diligentes y hasta intensas. En efecto, se considera a la seguridad como un resultado y se responde toda vez que éste no se alcance, sin necesidad de probar la relación causal con falencias de control y sin que exima la prueba sobre la efectividad de este control (conf. Zavala de González Matilde Resarcimiento de daños T° 4, editorial Hammurabi). En este sentido, Vázquez Ferreyra define la obligación de seguridad como "... aquélla en virtud de la cual

una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación de forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato a través de su interpretación en base al principio de la buena fe...? (autor citado, ¿La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo?, p. 105/06). En el caso, las partes se imputaron la responsabilidad por el hecho. De los elementos probatorios rendidos en el proceso se colige de manera indubitada el incumplimiento de la obligación de seguridad en la que incurrió Autopistas del Sol S.A. En efecto, se acreditó acabadamente la deficiencia de las medidas de seguridad adoptadas en la emergencia. La prueba que seguidamente señalaré da cuenta de ello. El personal policial que previno la instrucción aseveró que sobre la vía rápida por la que se desplazaba la actora se encontró un paragolpes plástico que no pertenecía a ninguno de los vehículos siniestrados (ver fs.2123 de la causa penal que se encuentra agregada en autos a fs. 2119/2173, Expediente n° 396818). En perito designado en autos sostuvo como mecánica del accidente que en circunstancias en las que el rodado de la actora circulaba por el carril rápido de la autopista Panamericana, ramal Pilar, mano hacia Capita Federal, a la altura del km 33 la conductora divisó un obstáculo sobre la calzada en su línea de marcha (más tarde se determinó que se trataba de un paragolpe de plástico de un automóvil). Así, por la sorpresa del obstáculo repentino la conductora efectúa una frenada con pérdida de control del rodado que provoca el derrape (conf. peritaje de fs. 1851/59). Las consideraciones vertidas en el dictamen resultan definitorias para colegir que el riesgo introducido en el camino concesionado -obstáculo, paragolpes - resultaba un extremo absolutamente evitable. Las impugnaciones de fs. 1862 y fs. 1879 no lograron restarle eficacia probatoria al dictamen pericial, desde que se sustentó en la opinión de un profesional con conocimiento específico en la materia. En tal inteligencia, las conclusiones periciales alcanzaron plena eficacia probatoria en el sentido pretendido (art. 386 y art. 477 del Código Procesal). Aquí nos detendremos con la intención de destacar la gravedad que importó que Autopistas del Sol S.A, no cumpliera con las medidas de seguridad adecuadas para la prestación del servicio que brinda, las que evidentemente se omitieron en la especie, sin perjuicio de las manifestaciones vertidas a fs. 1647/48 por personal dependiente de la demandada. En efecto, no dudo en concluir que la presencia de un paragolpes en el camino es un factor de alto riesgo para los vehículos que transitan por la vía multicarril o autopista. En suma, el elemento señalado representó un obstáculo en la trayectoria del vehículo de la actora, el que debió encontrarse señalizado o advertido con elementos aptos tales como el uso de carteles, conos, banderilleros y con suficiente antelación a fin de evitar la producción de accidentes. Así, toda vez que el accidente respondió a la falta de medidas de seguridad adoptadas por la concesionaria del corredor vial, propongo al acuerdo rechazar el agravio y confirmar la forma en la que se adjudicó la responsabilidad por el hecho. IV.- La indemnización. a) Daño físico. En la instancia de grado prosperó el rubro por \$ 150.000. La actora lo considera reducido mientras la citada en garantía excesivo. Debe tenerse en cuenta que la incapacidad es la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad en algún grado para el ejercicio de las funciones vitales. Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales. Habrá incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª, Daños a las personas, (Integridad sicofísica), p.343). Reiteradamente se ha sostenido que la incapacidad computable en materia resarcitoria no es solamente la laboral sino que alcanza a todas las actividades de la persona disminuida por una incapacidad, es la llamada "vida de relación" que debe ser ponderada (Mosset Iturraspe, El valor de la vida humana, p. 63 y 64). A fin de valorar el quantum indemnizatorio por este rubro se cuenta con la documental de fs. 52 donde consta que ingresó la víctima al nosocomio con traumatismo y pérdida de conocimiento, derivada del Hospital Carillo de Polvorines. Conforme surge de la historia clínica de fs. 55 a la actora se le efectuó reanimación inicial en el lugar del accidente, colocándole dos accesos vasculares. En la evaluación se le detectó neumotorax, grado 3, colocándole tubo de drenaje, fractura de fémur, radio y cúbito izquierdo, por lo que le realizan válvula de estabilización, collar cervical. Presentó múltiples escoriaciones y heridas cortantes en el rostro, frente, cuero cabelludo, fractura de maxilar inferior, edema cerebral. Se decide la internación por la severidad del cuadro. El perito médico designado de oficio manifestó que la actora presenta un área alopecica (sin pelo) de aproximadamente 3 cm x 3cm, que constituye daño estético leve porque se puede cubrir con el pelo. Observó una cicatriz de 10 cm de longitud que comienza a media distancia entre la ceja derecha y el cuero cabelludo, ingresando unos 4 cm hacia atrás, con un área alopecica de 15 mm de ancho. En cuanto al rostro presenta una asimetría del sector derecho respecto del izquierdo. En la mejilla izquierda se observan múltiples cicatrices finas, como arañazos superficiales. debajo del pómulo izquierdo pequeño tatuaje correspondiente a un material extraño que se incrustó en los tejidos blandos y no pudo ser removido durante el tratamiento posterior al accidente. Debajo del lóbulo lateral izquierdo dos cicatrices pequeñas. En su cuello tiene una cicatriz quirúrgica vertical, de 5 cm de longitud, en el torax superior presenta asimetría en el reborde clavicular, visible con vestidos y escotes. Cicatriz de 2cm por 2 cm en la zona de la costilla, cicatriz quirúrgica de 4cm por 15 cm en el torax lateral derecho, cicatriz de 5 cm de longitud en el antebrazo izquierdo, cuatro cicatrices en

el muslo izquierdo correspondientes al tutor externo, pierna izquierda con cicatriz de 4 cm de longitud, cicatrices múltiples en ambas manos (ver peritaje de fs. 1710/1719 y fs. 2069). Determinó el grado de incapacidad en el 69% de la TO. El médico cirujano plástico acompañó fotografías en las que lucen claramente las cicatrices ubicadas en la cara (pómulo). En este sentido manifestó que dada la buena cicatrización de la actora se le otorgó el mínimo de grado de incapacidad, 11% de la TO (ver material fotográfico de fs. 1708/1709 y fs. 2034/2042). Las impugnaciones que efectuaron al peritaje no pudieron desvirtuar las conclusiones aportadas por el experto, logrando convicción judicial el informe en la causa porque encuentra sustento en fundamentos técnicos de la especialidad del profesional (art. 386 y art. 477 del CPCCN). Corresponde en este apartado darle respuesta al agravio de la aseguradora en cuanto a la falta de autonomía del daño estético. Tal como ya lo pusiera de manifiesto en los autos "Guaragna Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", Libre de fecha 29 de febrero de 2008, no existe autonomía del daño estético. En este sentido, acertadamente Atilio Alterini ha destacado "la ampliación de la nómina de daños en sentido jurídico" como un avance del derecho de daños (autor citado, Contornos actuales de la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Bs. As. 1987). Comparto esta última afirmación, pues no se trata de no valorar el daño estético, sino de establecer si debe hacerse de manera autónoma. En mi criterio, la noción jurídica de daño, la que puede definirse en relación a los intereses que están en juego, comprende el daño patrimonial y el daño moral. Como se ha dicho, el daño en general o en sentido amplio alude al interés como ingrediente conceptual y sólo a la hora de definir el daño resarcible se echa mano a los efectos. De allí que se concluye: Creemos que en las pregonadas autonomías de los llamados daños estético, síquico o a la vida de relación, se apunta a los bienes menoscabados (la integridad sicofísica) y no a los intereses conculcados -o a todo evento- a las secuelas que aquellos menoscabos provocan. (Bueres, El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1, Daños a la persona, p. 248). Resultan claros, siguiendo esta línea de pensamiento, los fundamentos dados por Zavala de González, en el sentido que el desmejoramiento estético no constituye una categoría independiente sino el origen de daños resarcibles. Si bien el perjuicio indemnizable proviene de la lesión de un interés de la víctima, la lesión no es daño sino su causa generadora. Debe distinguirse por tanto entre la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla. En definitiva, el daño material o el moral son dos especies de daños desencadenados por la lesión estética (Resarcimiento de daños, 2ª, Daños a las personas, p. 198). En el mismo sentido, con su habitual claridad, Zannoni expresa que la lesión estética es siempre un daño moral porque afecta un interés extrapatrimonial de la víctima y trasciende, además, indirectamente, en daño patrimonial si repercute de modo cierto sobre las posibilidades económicas de aquélla (autor citado, El daño en la responsabilidad civil, p. 163). Por último, en mi opinión, resulta importante reconocer el resarcimiento del daño estético como daño a la persona, sea como daño autónomo o como daño moral, o patrimonial en su caso y siempre que no se incurra en doble indemnización. El perito médico concluyó que las cicatrices que tiene la actora le generan un grado de incapacidad. Por ello, entiendo que la lesión estética ha producido en el caso de autos daño patrimonial y moral. En estos términos será modificado el decisorio de grado. En consecuencia, considerando los términos del dictamen pericial, no solo para demostrar la entidad del daño sino además su relación causal con el hecho, valorando las lesiones físicas sufridas por el reclamante, grado de incapacidad acreditado y circunstancias personales de la víctima: con 25 años de edad al momento del hecho, Licenciada en psicología, casada, condiciones socioeconómicas que surge del expediente seguido entre las mismas partes sobre beneficio de litigar sin gastos (Expediente n° 98.250/2006) propongo al acuerdo hacer lugar al agravio de la citada en garantía en cuanto a la falta de autonomía del daño estético, rechazándolo en lo demás y hacer lugar al de la actora incrementando el "Daño físico" la suma de \$ 600.000. b) Daño psíquico. El primer sentenciante lo reconoció en \$ 60.000. La actora persigue su incremento. La citada en garantía cuestiona la autonomía del "Daño psíquico" con el "Daño moral?". En subsidio, requiere la reducción del monto concedido por esta partida. El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental o transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. No debe por demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T° 2, p. 187 y ss). En cuanto la valoración conjunta del "daño psíquico y el daño moral" con el argumento de la falta de autonomía entre ambos, en atención a los términos de los agravios traídos a consideración de este Tribunal, he de dejar sentado que disiento de tal postura. En mi opinión, en coincidencia con lo sustentado por esta Sala (conf. "Carballo Victor Hugo c. Dons Jorge Luis s/ daños y perjuicios libre 29/12/05), toda disminución a la integridad de la personalidad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse la merma de las aptitudes psíquicas, lo que por sí constituye un daño resarcible y ese déficit en el ámbito psíquico debe ser diferenciado del moral, por cuanto

el daño psíquico puede implicar daño patrimonial cuando provoca incapacidad sobreviniente, como en el caso de autos, o cuando deben resarcirse los gastos por tratamiento psicológico, o incidir en la valoración del daño moral, pero no se identifica con éste. Otra diferencia radica en que el daño psíquico exige demostración de su existencia y extensión. Es decir, si el daño psíquico no tiene elementos concretos demostrativos de haberse padecido y de la entidad del padecimiento, puede ser descartado por el juez por falta de comprobación, mientras que el moral se acredita por el solo hecho o acto dañoso, permitiéndole al juez establecer su cuantía sin pruebas extras y mediante presunciones (conf. Cifuentes, Santos ? El daño psíquico y el daño moral. Algunas reflexiones sobre sus diferencias? J.A. 2006-II- Fascículo 8, 24/05/06). Por estos argumentos será rechazado el agravio. Conforme surge del peritaje psicológico la víctima padece a raíz del hecho una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva como evolución residual de su estrés postraumático crónico, grado II, lo que le genera un grado de incapacidad del 20% de la TO (ver peritaje de fs. 1751/1762). Aseveró el experto que la actora necesita realizar un tratamiento psicológico durante dos años, con una frecuencia de una sesión por semana con posibilidades de controles psiquiátricos periódicos. Si bien mediante presentaciones de fs. 1815 objetaron los términos del dictamen pericial con el asesoramiento de un consultor técnico, las conclusiones aportadas de oficio por el experto no lograron ser rebatidas. Así, valorando los términos del dictamen pericial y circunstancias personales de la víctima que ya fueron detalladas se rechaza el agravio de la citada y se hace lugar al de la actora incrementando a la suma de \$ 130.000 el ?Daño psíquico? c) Gastos de curaciones. El Sr. Juez de grado reconoció por este rubro la suma \$ 5.000. La citada en garantía pretende la reducción del monto. Es sabido que los gastos terapéuticos son aquellos orientados al restablecimiento de la integridad física de la víctima del hecho. Por lo demás, debe recordarse que es criterio prácticamente uniforme que tales erogaciones se presumen partiendo de las lesiones producidas, resultando procedente la estimación prudencial del resarcimiento con arreglo al art. 165 del Código Procesal (conf. esta Sala en "Soria, Margarita Rosa c/ Transportes de Colectivo de Pasajeros S.A s/ daños y perjuicios; libre de fecha 23 de marzo de 2006). En este sentido, se ha sostenido que los gastos médicos y de farmacia no requieren necesariamente ser probados con la documentación respectiva, pues no resulta razonable exigir su comprobación absoluta, debiendo determinarse la verosimilitud del desembolso de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las lesiones (esta Sala 1998-11-11, La Ley 1999-D-180; CNCiv. Sala D, feb. 28-1986, ED 119-208; CNCiv. Sala E, set. 20-1985, La Ley 1986-A-469; CNCiv. Sala G, 1999-12-826, La Ley 1999-E-17; CNCiv. Sala C, 1999-4-27, La Ley 1999-F-666). Por otra parte, los mismos deben ser admitidos aun cuando la asistencia haya sido brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, porque de ordinario los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios (conf. CNCiv, Sala A, ?Romero Selva del c. c/ Montesnic SRL s. daños y perjuicios?, Libre 11/12/97; CNCiv, Sala c, ? Sassano, Josefina A c. Lupo Claudio V. y otros s/ daños y perjuicios, Libre 23/10/97; ?Portal Alberto N. c. Siarrusta Jorge E y otro s/ daños y perjuicios? Libre 5/12/95). En tal entendimiento, en atención a las lesiones sufridas por la actora de acuerdo a las conclusiones del peritaje, entiendo que la suma fijada se ajusta a las particularidades del caso, debiendo ser rechazo del agravio. d) Gastos de rehabilitación En la instancia de grado se reconoció la partida en \$10.000. La citada en garantía pide la reducción del monto. Toda vez que el perito estimó los gastos de cirugía reparadora en \$10.000, valorando los términos del peritaje conforme las reglas de la sana critica (art. 386 y art. 477 del Código Procesal) se rechaza el agravio de la apelante y se confirma el monto al encontrarse ajustado a las particularidades del caso. e) Daño moral. En la instancia de grado se reconoció la partida en \$50.000. La actora requiere el incremento del monto y la citada en garantía su disminución. Sabido es que el daño moral constituye lesión a intereses morales tutelados por la ley, y si bien resulta difícil valorar tal menoscabo, ello no significa que el dolor y las aflicciones no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, aun cuando no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso (conf. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, 2 parte, vol.II, p. 72; Von Thur, Tratado de las Obligaciones, T I, p. 99, núm.15; Salvat-Galli, Obligaciones en General, T I, p. 215, núm.187; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, p. 371; Busso, Código Civil Anotado, T III, p. 414; Orgaz, El daño resarcible, p. 230, núm.57; Colombo, En torno de la indemnización del daño moral, La Ley 109-1173; Brebbia, El resarcimiento del daño moral después de la reforma, E.D. 58-230; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, núm.509; Mosset Iturraspe, Reparación del daño moral, J.A. 20-1973-295; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, p. 321 y ss.). La determinación del quantum tiene que guardar razonable proporción con la entidad del agravio. Pero como la reparación no se hace en abstracto, sino en cada caso, es justo que la reparación del daño moral esté en relación con la magnitud del perjuicio, del dolor o afección cuyo menoscabo, lesión o ataque se repara. En el caso de autos surge del informe pericial que la actora sufrió incapacidad física y psíquica permanente y lesión estética. Si bien, como he sostenido en varios precedentes, el daño moral no tiene vinculación con el daño material, esto es, no puede fijarse en consideración de su cuantía, pues no es complementario, ni accesorio de éste, ello no implica que para determinar el daño moral no se haga mérito del dolor, los padecimientos, la angustia, el menoscabo, la inquietud espiritual, las molestias producidas en las víctimas por los daños psicofísicos y las secuelas del mismo. Tanto es así, que las lesiones psicofísicas y estéticas acreditadas

en autos permiten presumir el daño moral, sin que corresponda exigir prueba directa del mismo. Como sostiene Brebbia, siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importará al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral (Autor citado, El daño moral, p. 85 y ss.). Además se contempla el daño moral con sentido resarcitorio, y por otra parte se lo considera en su más amplia dimensión conceptual, razón por la cual sus límites no se fijan en el tradicional pretium doloris sino que se extienden a todas las posibilidades -frustradas a raíz de la lesión- que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Bueres, El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en Derecho de daños, Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, p. 176). En consecuencia, considerando los daños sufridos por el actora, lesiones psicofísicas producidas, incapacidad acreditada, daño estético, propondré al acuerdo rechazar el agravio de la aseguradora y hacer lugar al de la actora incrementando el ?Daño moral? a la suma de \$ 250.000.

VII. Tasa de interés aplicable. El agravio de la citada en garantía, quien pretende que se aplique la tasa pasiva desde le fecha del hecho hasta la de la sentencia apelada será rechazo. Ello, por cuanto en la doctrina del plenario ?Samudio? se ha determinado sin diferenciación alguna, que la tasa activa se aplica desde la mora: ?La tasa de interés fijada (tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina) debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia?. En definitiva, dicha tasa resulta aplicable desde el perjuicio, pues es desde allí que se configura la mora. Respecto del punto de inicio del cálculo de los intereses a la tasa activa, esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo es igual al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho- que resulta computable (conf.. Expediente. N° 105.697/02, ?Boncor, Claudio c/ Celucci, Héctor s/ daños y perjuicios?, del 10/02/2010, con voto preopinante de la Dra. Silvia A. Díaz). Sostuvimos que lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación (conf. art. 1083 Código Civil). Debemos recordar que se trata de la reparación integral a la víctima y esa integralidad también está compuesta por el precio no entregado al momento de la mora, que no puede ser otro que el del hecho, pues de allí nace la obligación, no con la sentencia. En definitiva, en la sentencia se liquida la cuantía que de ningún modo resulta temporalmente coincidente con la exigibilidad de la obligación resarcitoria. Por ello, el actor se vio privado de tener una suma de dinero a la fecha del siniestro a título de reparación que desde tal oportunidad le era debida. Lo que en definitiva dice la sentencia es que alguien debe desde que contrajo la deuda y ello se remonta al hecho, no a la decisión, ya que lo que se juzga es el ilícito pasado. Así, se es deudor desde el inicio de la obligación, contractual o no. Expresa Llambías que lo que importa es la certeza de la obligación, es decir, el conocimiento que tenga el deudor o deba tener de la existencia y legitimidad de la obligación (?Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° II, pág. 221). Por eso, que una deuda sea ilíquida no impide que se aplique la mora y, en su consecuencia, los intereses. No hay duda que todos los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido. Porque el perjuicio se ha producido desde el hecho y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C.Civil). Por último, debe recordarse que tratándose el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes de un hecho ilícito de una deuda de valor, la valuación del daño causado debe hacerse a la fecha de la sentencia que determina el monto de esa indemnización, sin que haya existido ?indexación? o ?actualización? por índice de depreciación monetaria desde que el art. 4 de la ley 25.561 ratifica la prohibición de actualización monetaria, reafirmando el principio establecido por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. ?Es por ello que, desde ?el inicio de la mora?, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana ?hasta el cumplimiento de la sentencia? quedó determinada una regla general: aplicar el cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Procesal) a la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamientos (conf. nuestro voto en el plenario ?Samudio?). En este sentido se ha dicho, entre los fundamentos que en el fuero laboral se dieron para la aplicación de la tasa activa a los créditos devenidos en dichos procesos: ?Que, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, pacíficamente empleada por los tribunales hasta el inicio del período en que se aplicara la indexación, es la más apropiada para su aplicación a los créditos judiciales, ya que equivale, al menos aproximadamente, al costo que el acreedor impago debería afrontar para obtener, en el momento del vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que pone en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento de aquel costo, sea este real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito? (Acta del Plenario CNAT 2357, aplicable a procesos sometidos a conocimiento del fuero a partir del 1-1-2002). En definitiva, de establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos ?Fragoso c/ Construed S.A. s/ daños y perjuicios? (22/04/03) ?...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita

en el art 18 de la Constitución Nacional?. Por los fundamentos vertidos se rechaza lo requerido por la citada en garantía. Respecto del enriquecimiento indebido invocado por la apelante, cabe destacar que los integrantes de esta Sala ya nos hemos pronunciado en nuestro voto en el plenario respectivo en forma diversa al contenido del fallo citado. En efecto, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Verón y Pérez Pardo, sostuvimos en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido? ¿En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices?. ¿A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor". ¿De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual?. ¿El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?. ¿Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?. ¿Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?. ¿Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?. El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico. ¿Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?. ¿No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de

condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. ?Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. Por los fundamentos expuestos se rechaza lo peticionado por la aseguradora. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mi colega de Sala, propongo al acuerdo modificar la sentencia en el sentido de: 1) Incrementar los montos reconocidos por Daño físico, Daño psicológico y Daño moral a las suma de \$ 600.000 \$ 130.000 y \$ 250.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada a la aseguradora en su condición de vencida (art. 68 del Código Procesal). El Dr. Ameal por las razones y consideraciones aducidas por la Dra. Hernández vota en el mismo sentido a la cuestión propuesta. /nos Aires, de abril de 2017. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide modificar la sentencia en el sentido de: 1) Incrementar los montos reconocidos por Daño físico, Daño psicológico y Daño moral a las suma de \$ 600.000 \$ 130.000 y \$ 250.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada a la aseguradora en su condición de vencida (art. 68 del Código Procesal). Se difiere la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos liquidación definitiva. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese y regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. FDO. LIDIA B. HERNÁNDEZ-OSCAR J. AMEAL- JAVIER SANTAMARIA (SEC.). La Dra. Silvia Díaz no firma por encontrarse en uso de licencia.

017603E