

## Accidente De Transito Deber De Cuidado Violacion Via Ferrea Indemnizacion Rubros

### JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Deber de cuidado. Violación. Vía férrea.

Indemnización. Rubros Se confirma el pronunciamiento de grado, atribuyéndose responsabilidad al demandado, quien habría violado el deber de circular con cuidado y prevención al traspasar una vía férrea con la barrera baja. En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 9 días del mes de noviembre de 2017, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial La Matanza; doctores Luis Armando Rodríguez Sebastián Emilio Iglesias Berrondo y Carlos Alberto Vitale, para dictar sentencia en los autos caratulados "MERCADO HECTOR ALFREDO C/ SALTO JOSE DOMINGO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARIO)", habiéndose practicado el sorteo pertinente - artículos 168 de la Constitución y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, ambos de la Provincia de Buenos Aires resultó que debía observarse este orden: doctor Iglesias Berrondo, doctor Rodríguez y doctor Vitale; resolviéndose plantear y votar las cuestiones que se proponen, dejándose constancia que el doctor Iglesias Berrondo, ausente por problemas de salud, no formó parte de este Acuerdo (art. 47 Ley 5827):

**CUESTIONES** Primera Cuestión: ¿Es justa la sentencia recurrida? Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**VOTACION** A la primera cuestión, el doctor Rodríguez dijo: I.- a.- Antecedentes. Vienen los autos a la consideración de la Alzada como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes en sus escritos de fojas 651 y 677 contra la sentencia definitiva de fojas 634/651 y que fueran concedidos libremente. I.-b. La sentencia. Considerando acreditada la responsabilidad del demandado en el hecho de autos, la señora juez de grado hace lugar a la demanda promovida por el señor Héctor Alfredo Mercado contra José Domingo Salto y condenar a éste último a abonar al actor la suma de Ciento sesenta y seis mil setecientos pesos, dentro del décimo día de ejecutoriada la presente, todo ello con más los intereses que se establecen en el considerando X a fojas 650. Hace extensiva la condena a la aseguradora "Provincia Seguros S.A." en los términos del art. 118 de la Ley 17.418, impone las costas al demandado en su condición de vencido (art. 68 del C.P.C.C.) y difiere la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad prevista por el art. 51 de la Ley 8904. Los agravios. Conforme lo anticipé, ambas partes recurrieron la sentencia y sostuvieron su recurso (ver fs 685/693 - Citada en garantía y 694/699, actora). La actora critica la sentencia y cuestiona los montos del resarcimiento pidiendo se eleve la reparación. En el daño físico porque la entidad de las lesiones verificadas por los peritos, doctores Cappa y Hermida y la incapacidad resultante (14% según expresa), no se compadece con el "cacul au point" que señala la jurisprudencia que menciona. Desde otro enfoque, cuestiona la desestimación del daño psicológico destacando el error de la sentencia pues entiende que el actor presenta un cuadro de depresión reactiva o neurótica. Por ende independientemente de la personalidad del peritado sostiene que las lesiones en el rostro y la pérdida de imagen corporal, han desbordado su capacidad de tolerancia psíquica y ello se refleja la depresión severa que porta lo que se refleja en los test y la entrevista personal al actor. Solicita se admita la reparación del concepto y del tratamiento psicológico. Cuestiona también por baja la reparación del daño moral, monto que entiende insuficiente frente a la magnitud de las lesiones y el tiempo que las vive padeciendo como la suma asignada al resarcimiento de los gastos médicos y de farmacia que considera insuficiente. Por último, se agravia por la desestimación de los gastos del tratamiento kinésico aconsejado por el perito doctor Cappa, que verificó la existencia de una cervicalgia postraumática. Pide se recepte el reclamo del concepto. La citada en garantía, desde su óptica, cuestiona por elevado el monto fijado para responder al daño físico y daño estético pues no se acreditó el verdadero perjuicio ni de qué manera las minusvalías inciden en la vida laboral y de relación de quien la padece. Solicita se revoque la indemnización o caso contrario se la morigere razonablemente. Cuestiona también el monto fijado a reparar el daño moral, por considerarlo irrazonable y fijado en exceso de las facultades que concede el art. 165 del ritual. Solicita su rechazo, como también la suma otorgada para responder el concepto "gastos" respecto de los cuales no existen comprobantes ni recibos de pago. Cuestiona por incorrecta la aplicación de la "Tasa Bip", considerándola "alejada de las particularidades del caso a resolver e independiente de la realidad económica y social del país" (ver fs 683), alejada de todo principio de justicia, cercano a la especulación. Con argumentos jurisprudenciales, entiende "no existen razones para apartarse de la aplicación de la tasa pasiva y con mucho menos razón puede convalidarse la aplicación de otra tasa si se fijan valores actuales a la fecha de la sentencia, porque de esa manera se estaría superponiendo (duplicando) el capital de condena. En suma sostiene que la aplicación de la tasa BIP que paga el Bco de la Prov. BA en sus depósitos a treinta días es ajena a los dictados del Máximo Tribunal, que como doctrina obligatoria sostiene la tasa pasiva " que es la única que se ajusta a los criterios de razonabilidad y a las normas legales" (ver fs 690). Por último, cuestiona la atribución de la responsabilidad a la demandada,

señalando que el fallo solo tiene fundamento aparente y se basa en afirmaciones dogmáticas, pues hubo una errónea valoración de la prueba de la que surge una participación activa del demandado en el suceder de los hechos. Argumenta que de la causa penal radicada en la UPI 1 y del Juzgado de Garantías 1 se prueba el accionar del actor, la pelea y la situación pasiva del conductor del móvil policial, que fuera luego arrollado por el transporte ferroviario. En suma, sostiene que hay en la sentencia una ausencia de argumentación pues el juez no ha explicado el desarrollo del razonamiento, que aparece absolutamente dissociado. Solicita la revación del fallo, con costas. Contestación de los agravios. Solo la parte actora contesta los agravios. En primer enfoque, solicita la deserción del recurso por no configurar la crítica concreta y razonable que exige el art. 260 del ritual. En otro aspecto y sobre los fundamentos que sostienen sus propios agravios, cuestiona la pretensión de la demandada solicitando el rechazo de pretensión de la demandada. A fojas 707 se dispuso el llamamiento de autos para sentencia, providencia que una vez firme y consentida, motivó el sorteo que me desinsaculara como Magistrado preopinante. II. La solución. No resulta ocioso señalar que esta Cámara actúa como Tribunal revisor de una sentencia relativa a un hecho cuyo reclamo comienza el 26 de junio de 2006 (ver cargo a fs 17) y el obtiene sentencia el 05 de diciembre de 2016, por lo que, más allá de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde el día 1º de agosto de 2015, corresponde que nuestro pronunciamiento se elabore en base a los parámetros de la normativa de los ahora derogados Código de Comercio y Código Civil; ello pues la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació, o sea la del momento mismo del hecho sobre el que discurriré, teniendo presente además, si correspondiere, lo dispuesto por el art. 7 del NCCC en cuanto señala que ? a partir de su entrada en vigencia, las leyes de aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. (arts 3 del Código Civil derogado y art. 7 del Nuevo Código Civil y Comercial). La deserción del recurso de la demandada y citada en garantía solicitado por la parte actora en su presentación de fojas 702. La parte actora solicitó la deserción del recurso impetrado por la citada en garantía, con fundamento en que no constituye la crítica razonada de la sentencia que atacan (art 260 CPCC). En este sentido, cabe apuntocar que esta Sala ha sostenido, por ejemplo in re ?Mellillo, Virginio c/ Fedele, Filomena A y otra s/ Reivindicación?, sentencia del 11 de noviembre de 2003, RSD 24/2003; Orellana José c/ Empresa de Transporte colectivo La Cabaña SA y otros / daños, Expte 119/2, RSD 11/2006, ?Villordo Claudia c/ Empresa La Vecinal de La Matanza s/ daños? RSD del 19 de setiembre de 2006; Urquiza c/Municipalidad de La Matanza s/ daños Expte 939/2?, entre otros, que hay insuficiencia recursiva cuando la expresión de agravios presentada no constituye la crítica concreta y razonada de la sentencia que desde un punto de vista técnico exige la ley ritual. En esos antecedentes, hemos demarcado los límites por los que debe encausarse la crítica para autorizar la apertura de la discusión en segunda instancia, señalando que ?Existe la carga procesal en cabeza del apelante de fundar adecuadamente el recurso de apelación. La omisión de hacerlo genera la declaración de deserción por insuficiencia del recurso. En este sentido se indicó que en virtud de lo establecido por el artículo 265 del Código Procesal (artículo 260 del CPCBA), pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de los conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión.(CNCiv., sala B, abril 24 de 1995, DE, 167-488; ídem, íd. Íbd., DE-166-500). (...)No basta reiterar escritos anteriores. La expresión debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma (...) ?El ordenamiento procesal exige que la expresión de agravios debe contener la "...crítica concreta y razonada del fallo..." (Artículo 260, C.P.C.) y la no satisfacción de ello conduce a la deserción (artículo 261, C.P.C.). No se trata pues de un obrar caprichoso o discrecional del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas que obviamente rigen tanto para éste como para las partes, por lo que no puede alegarse que la mera declaración de deserción resulte agravante. CPCB Artículo 260 CPCB Artículo 261, SCBA, Ac 44018 S 13-8-91, Juez SAN MARTÍN (SD), Estevez Garrido, Elías c/ Domínguez, Miguel Ángel y otro s/ Daños y perjuicios; SCBA, Ac 54246 S 12-8-97, Juez HITTERS (SD), Andrea, Ricardo c/ Manzo, Salvador s/ Daños y perjuicios; PUBLICACIONES: DJBA 153, 231?. De la primitiva lectura del escrito que glosa a fojas 685/693 al que me referí en el acápite de la presente, puede colegirse que aún mínimamente se intenta una crítica de las parcelas del fallo que el recurrente consideró equivocadas señalando los errores de la sentencia, por lo que me avocaré a su tratamiento, desechando la petición de deserción formulada en el escritos contestatarios antes indicado. (arg. arts. 260, 261, cctes. sstes. del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia). La atribución de la responsabilidad. Conforme he señalado, la citada en garantía cuestionó la atribución de la responsabilidad a la demandada, señalando que el fallo solo tiene fundamento aparente y se basa en afirmaciones dogmáticas, pues hubo una errónea valoración de la prueba de la que surge una participación activa del demandado en el suceder de los hechos. De la prueba colectada (IPP 05-00-280912-05 y declaraciones de Alberto Romano del 26/11/2005; Marcelo Fernández Nilo del 28/11/2005; del

acta de procedimiento del 26/11/2005, del actor Héctor Alfredo Mercado del 02/12/2005; valorada conforme las reglas de la sana crítica, puede demostrarse si dudar que en el móvil policial se encontraba en el asiento trasero el Sr. Mercado (Actor), el Sr. Nilo Fernández (Testigo) y el Oficial Gómez, y en la parte delantera conducía el Oficial Salto, siendo su acompañante el Oficial Morales. También, que luego de una discusión en el móvil entre el actor y el Sr. Fernández y tras una advertencia del Oficial Gomez sobre la proximidad del ferrocarril, el conductor Salto frena el vehículo e intenta retroceder, siendo alcanzado por la formación. Sobre estos hechos, me permitiré transcribir textualmente las razones por las cuales la señora juez de grado atribuyó la responsabilidad del evento dañoso a la conducta del demandado. Destaca la sentencia: "si bien se encuentra acreditada una discusión o pelea por parte del actor con el Sr. Fernández Nilo, no resulta verosímil que fuera por ello, que el demandado conductor tuvo que detener obligatoriamente el móvil policial en medio de las vías férreas, sin pensar en detenerlo con anterioridad en un lugar menos peligroso, más aún cuando, como señalé "ut-supra", el conductor fue advertido por su compañera que venía el tren y este no hizo a tiempo para sacar el patrullero de la línea de trayectoria del ferrocarril. Máxime cuando dentro del móvil se encontraban dos oficiales, además del conductor, para intentar frenar la pelea o discusión aludida, sin que fuera necesario frenar el vehículo y mucho menos detenerlo en las vías del ferrocarril. Arribado a este punto, nítida aparece la responsabilidad del demandado derivada de la no observancia de la regla de oro de la condición del vehículo, esto es, circular con cuidado y prevención manteniendo en todo momento el dominio del móvil a su comando (art. 51 inc. 3 de la Ley. 11.430), inobservancia que se patentiza ante la inexistencia de causales de eximición en los términos del art. 1113 el Código Civil. Por tanto atribuyó la responsabilidad en el presente evento dañoso al demandado Salto José Domingo en su carácter de conductor del móvil policial, debiendo afrontar los daños causados al actor (arts. 512, 901, 902, 903, 1066, 1067, 1068, 1069, 1083, 1113 y concordante del Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994 y art. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 34 inc. 4º, 163, 354, 374, 375, 384, 415 y concordantes del C.P.C.C.). A mayor abundamiento, cabe destacar lo normado por la ley de tránsito aplicable a la fecha del evento, en relación al hecho de autos. Al efecto el Art. 59 de la Ley 11.430 establece que: "Queda terminantemente prohibido durante la circulación en la vía pública realizar las acciones que a continuación se describen... 9- Cruzar un paso a nivel si se percibiera la proximidad de un vehículo ferroviario o si desde el cruce se estuviera haciendo señales de advertencia o si las barreras estuviesen bajas o en movimiento, o la salida no estuviera expedita. También está prohibido detenerse sobre los rieles o a menos de 5 metros de ellos cuando no hubiere barrera, o quedarse en posición que pudiera obstaculizar el libre movimiento de las barreras." (sic fojas 643/643vta). Comparto lo expresado. A estos fundamentos la citada en garantía opuso su crítica, afirmando: "... no tenemos dudas que en el particular, la víctima tuvo exclusiva participación en la producción del hecho y es claro que la decisión resultó finalmente desacertada pues debió sancionar al menos la liberación total de la demandada en mérito a la conducta activa y positiva que tuvo el señor Héctor Alfredo Salto... El magistrado sin explicar los motivos, ha omitido valorar la conducta desplegada por la víctima". Es indudable que estamos frente a una cuestión de prueba y a la interpretación que surge de su valoración. Y en este sentido no encuentro en el ataque del recurrente elementos suficientes que conduzcan a separarme de lo decidido en la instancia de grado. Ha precisado nuestro Superior Tribunal Provincial, "que cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con realizar un versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar que cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental " (SB¿CBA 28/6/200 Ac 73 088 cit en Fenochietto Cod. Procesal Civil pag 321). Ello así pues con independencia de la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia y que se receipta principalmente de las constancias de la IIP, la citada en garantía nada hizo: no activó la prueba testimonial ofrecida declarándose su negligencia en cuanto a la declaración de Juan Sebastián Gómez y Ricardo Nicolás Morales (fs 502), testigos tal vez esenciales para dilucidar la pelea en el interior del automotor y eventualmente si ésta afectó al conductor del automotor y en qué medida; fue negligente en toda la prueba informativa (ver fs 508), desistió de la absolución de posiciones del actor (fs 92/93) y a mayor abundamiento, por otra parte, a fs 58 se decretó la rebeldía de José Domingo Salto. En definitiva el demandado y la citada en garantía no acreditaron la exención de la responsabilidad. No obstante ello, el recurrente sin prueba alguna sostiene que la señora juez a quo ha omitido el requisito esencial de fundar el decisorio cuando en realidad, de la simple lectura, se extraen fundamentos más que suficientes para validar el acto atacado (ver fs 639vta/643vta y la adhesión de este Tribunal a esos fundamentos). Enseña Couture, a quien se le deben relevantes trabajos en la materia, que las reglas de la sana crítica, son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas, intervienen las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (?Fundamentos del Derecho Procesal Civil?, Buenos Aires, 1942, p. 270, núm. 171; y ?Estudios de Derecho Procesal Civil?, Buenos Aires, 1978, t.I, p. 318 y sigtes., y t. II, p. 181 y sigtes.: en similar sentido, Sentis Melendo, ?La prueba?, Buenos aires, 1976, p. 272 y sigtes.). Valorada entonces la prueba colectada conforme los principios señalados, se observa que los agravios de fojas se queden a mitad de

camino. Puede el recurrente discrepar con la interpretación judicial pero tal manifestación no alcanza, per se, para torcer sin otro argumento la decisión de la instancia anterior. La suerte del recurso está destinada al fracaso. El agravio debe desestimarse en este aspecto puntual. La incapacidad sobreviniente. Sostiene nuestro Maximo Tribunal Provincial que, "La indemnización de la incapacidad física sobreviniente debe ser fijada teniendo en cuenta la faz laborativa del damnificado así como sus otras actividades, considerando el sentido y alcance en que tal incapacidad ha venido a proyectar sobre toda su personalidad, debiendo atenderse a la edad, sexo y demás características personales del accidentado y a la incidencia que, en su caso, ha de portar aquella minoración para sus futuras posibilidades (conf. doct. art. 1068 y concs., Código Civil). ? (conf, SCBA LP C 109574 S 12/03/2014 Juez HITTERS (SD), Mugni, María Cristina c/Maderera Zavalla Moreno S.A. s/Daños y perjuicios, Hitters-Genoud-Kogan-Soria, sumario JUBA B3904666). En innumerables antecedentes vgr in re ?Mendoza Liliana c/Troche Jerónimo s/daños y perjuicios Expte 387/2?, Clementi Pablo c/ Ampuero Luciano s/daños SRD 8/2007 del 13/3/07, ?ALBARRACIN Blas Ramón c/ VIDAL José Antonio s/ DAÑOS Y PERJUICIOS? y ?Domínguez Ramón Miguel c/ VIDAL José Antonio s/ DAÑOS Y PERJUICIOS,? RSD n° 10/2008 del 8 abril de 2008, ?Surita Rosalía c/ Cuevas Rubén y otro s/ daños y perjuicios Expte 1705/2 RSD 29/2010, ?Martínez Alves Sebastián s/ Suchenia Diego Abel y Otros s/ daños y perjuicios? Expte 1694 RSD 35/2010, entre otros; se han delineado fundamentos y pautas a tenerse en cuenta para valorar la composición, cuantía y acogimiento de la indemnización en concepto de incapacidad. Entre otras cosas, hemos dicho que "Sobre esas pautas, y reiterando que a las indemnizaciones en sede civil no se las establece a la manera de una aplicación automática de una tabla de valores (baremos), donde cada punto de incapacidad otorgada tiene, conforme el Tribunal o juez sorteado, un valor diferente. En palabras de esta Sala, "la indemnización resulta ser un traje a medida", cuyos valores se establecen para cada caso, de acuerdo con las constancias objetivas de autos. Es aquí donde la actividad probatoria de las partes, conforme el principio de las cargas toma especial relevancia a la hora de apreciar elementos de convicción. En muchas ocasiones se pide elevación o disminución de sumas, sin haber desplegado acto alguno, o intervenido en la etapa probatoria a esos fines -a veces con desistimientos más que prematuros o incomprensibles negligencias decretadas en los más que extensos procesos-. No basta con una mera actitud expectante ante el proceso, una carga es el imperativo del propio interés, y quien no la ejerce se perjudica (Couture, Eduardo en Principios de Derecho Procesal)?." Hemos sostenido de manera uniforme y concordante con doctrina en esta materia, que la incapacidad sobreviniente abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aún en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna. Lo que se indemniza por este concepto no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, especialmente las que perduran de modo permanente y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, sólo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas, psíquicas descritas por el experto, que importen una disminución en la capacidad vital. ( ver de esta Sala II Expte 4731/2 RSD 58/2017; Expte 4718/2 RSD 52/2017; Expte 1964/2 RSD 10/2008; Expte 1705/2 RSD 29/2010, entre otros; CNC Sala "C" SRD 20/9/99 L 258943). El daño físico. Del informe médico legal del doctor Ricardo Hermida (fs. 175/177, explicaciones a fs. 575, 593 y 603 y audiencias de fs. 625 y 631) se extrae "De todos los elementos obrantes en autos, del examen anátomo-clínico-funcional y los estudios complementarios realizados en la persona del actor, se demostró que actualmente presenta secuela de cicatrices en rostro con pérdida de pieza dentaria." para concluir que "Dicha afección guarda relación de causalidad con el accidente de autos. El actor presenta una incapacidad, parcial y permanente del 6% (deformación permanente del rostro: leve), según el baremo de los Dres. González Patito y Tognacioli. Por la pérdida dentaria incisivos tenemos según las normas de fijar incapacidades de los Dres. Basile, Defilippis Novoa y Gonzalez, otorga un 3%. Incapacidad final por las pérdidas dentarias del 9% de la T.O.?. En su informe de fojas fs. 359/361, explicaciones fs. 586 y audiencias de fs. 631, el perito médico legal designado en autos, Dr. Eduardo Emilio Cappa, luego de evaluar los estudios médicos aportados y el examen semiológico realizado al actor, Héctor Alfredo Mercado, concluyó que presenta: Cervicobraquialgia postraumática, con alteraciones clínicas y radiológicas Incapacidad 14,00%; Pérdida traumática de menos de un tercio de piezas dentarias, con alteración de la función masticatoria, Incapacidad 10% equivalente al 08,60% de la Capacidad Restante Residual?; Deformación permanente del Rostro, Incapacidad 06,00%, equivalente al 04,64% de la Capacidad Restante Residual Determinando una Incapacidad Física Parcial y Permanente, del 27,24% de la Total de Vida." en relación de causalidad directa y es secundario al siniestro?.- Las explicaciones requeridas a los peritos con motivo de las diferencias que presentaron los informes (a fs. 586 y fs. 593) se reflejan ante VS en el acta de fs. 631, pudiendo extraerse lo siguiente: "... preguntado al Dr. Cappa sobre la lesión de Cervicobraquialgia postraumática diagnosticada al perito, expresó que dicha lesión fue encontrada en la parte actora 3 años después de la pericia practicada por el Dr. Hermida y 8 años después del hecho. Asimismo agrega que no puede afirmar que dicha lesión se encuentra relacionada con el hecho de autos, atento el tiempo transcurrido. En este punto el letrado de la

parte actora quiere dejar constancia que el Dr. Hermida no solicitó radiografía de columna cervical a lo que el Dr. Hermida responde que, del examen anátomo-clínico- funcional, no encontró limitaciones funcionales que dieran lugar para solicitar dichos estudios.?

En síntesis, los peritos son coincidentes en que las lesiones efectivamente acreditadas y la incapacidad resultante que tienen relación de causalidad con el accidente de autos, son la pérdida dentaria y la deformación en el rostro más no la cervicobraquialgia postrumática. En consecuencia y no existiendo razones científicas que conlleven a contradecir las conclusiones periciales o apartarme de ellas, debo aceptarla con el alcance señalado por los peritos. Independiente de lo expuesto, la parte solicitó como agravio la elevación del "calcul au point", cuando en realidad no es ésta la metodología que esta Sala II utiliza al momento de estimar la reparación de una indemnización (ver párrafos anteriores); nada corresponde decidir. Por lo tanto, teniendo en consideración las constancias objetivas de la causa, las lesiones sufridas por el Sr. Mercado, el grado de la incapacidad dictaminado por los expertos y las circunstancias personales del actor, su edad al momento del accidente (50 años), soltero, de ocupación albañil realizando changas, que reside con su pareja en un departamento pequeño en la localidad de Isidro Casanova - (ver declaración jurada de fs. 30, declaraciones testimoniales de fs. 34/36, ratificadas a fs. 57, 58 y 107 en los autos homónimos sobre beneficio de litigar sin gastos Expte N° 9960), no encuentro mérito para apartarme de la suma fijada en la instancia para responder al resarcimiento del daño físico, que habré de confirmar y que resulta prudente y ajustado a las circunstancias señaladas.(art. 1068 del Código Civil, 163 inc. 5to., 165, 375, 384, 474 y concordantes del C.P.C.C.).- Los agravios de ambas partes deben desestimarse.

El daño psicológico. Tratamiento psicológico. La parte actora se agravio por el rechazo del concepto, destacando error del diagnóstico de la perito Lic Pittoni pues entiende que el actor presenta un cuadro de depresión reactiva o neurótica y que a tal estado le correspondería un porcentaje de 40 a 60%, según baremo de Castex y Silva2.6.9. El peritaje resulta ser uno de los puntos de partida a la hora de establecer las indemnizaciones, debiendo indicar que los dictámenes han de ser juzgados conforme las normas de los artículos 384 y 474 del CPCC. Para apartarse de sus conclusiones no bastan meras impugnaciones o escritos donde se piden explicaciones, ello pues ?No es suficiente con que una de las partes impugne la pericia para que sea necesaria la producción de otra, ya que de lo contrario la eficacia de las mismas quedaría sujeta a la voluntad de las partes. Las razones para dejar de lado un informe pericial deben ser de tal entidad que demuestre que las conclusiones del perito se apartan de las reglas lógicas de su ciencia o lo que es lo mismo, que carecen de sustento científico.?(conf. CC0201 LP 107011 RSD-15-7 S 22/02/2007 Juez MARROCO (SD), Perego, Mónica Ruth c/Duarte, Alicia s/Cobro ejecutivo, Marroco-López Muro, sumario JUBA B256219). La sentencia desestimó el resarcimiento e interpreto con razón. Destacó que en el informe de fs 189/190 y 200/204, la Lic. Silvia Liliana Pittoni, de cuyas conclusiones no encuentro mérito para apartarse, atento los sólidos fundamentos vertidos en el mismo (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.), expresó ?Se informa que el hecho de autos no ha tenido suficiente entidad como para provocar en el actor un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico. Los síntomas aislados que presenta el actor son manifestaciones esperables en un acontecimiento como el narrado por el actor, pero no son incapacitantes psicológicamente.?. Es más que obvio entonces, que si el actor no sufrió incapacidad psíquica alguna que tenga relación de causalidad con el hecho es más que obvio que el agravio no puede prosperar. La mera discrepancia con lo decidido sin prueba conducente, no alcanza para modificar lo decidido en la instancia anterior (conf. arts. 375, 384 y ccdtes. del Cód. Procesal, 1067, 1068 y doc. del Cód. Civil).- En este entendimiento, tampoco habrá de prosperar la reparación del tratamiento psicológico. El daño moral. Las partes, con criterio opuesto, han atacado el monto del resarcimiento fijado en la instancia. La actora por considerarlo bajo e insuficiente el monto resarcitorios para responder a una reparación integral justa y equitativa (fs 693); la citada en garantía, porque entiende que el daño debe meritarse con sustento en las escasas secuelas incapacitantes. Se ha señalado que el daño moral implica la violación de algún derecho inherente a la personalidad (paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad psicofísica, honor, autoestima, posibilidad de pleno goce de las facultades personales y bienes materiales, menoscabo de la estructura espiritual de la personalidad humana, afectación de los valores principales de la vida) resultando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir que se induce de un modo de estar diferente de aquél al que se encontraba antes del hecho dañoso. Si bien alguna doctrina y jurisprudencia relacionan su cuantía con el daño patrimonial (por ej.: la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 16-6-78, in re ?Vuoto, Dalmero S. y otro c/ Telefonen Argentina, S.A.I.C.?, ED 81:312, y muchos otros, lo establecen en el 20%), y en algunos casos hay -efectivamente- relación entre la magnitud de uno y otro daños, no coincido porque estimo hay autonomía entre los perjuicios material y moral porque "la reparación conferida por daño moral no tiene por qué guardar proporción alguna con la relativa al daño material, el que inclusive puede no haberse configurado" (conf. CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 11-10-85, ED 118:503). Afirmaba el doctor Jorge J. Llambias , que "el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria" (Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256); el doctor Jorge Bustamante Alsina, por su parte, que "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es

imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo (...) Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8º edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244; "Cuestiones de responsabilidad civil que suscita el acto ilícito homicidio, LL, 1993-A:347)), y "en cuanto a la cuantía del daño, conviene puntualizar que si el perjuicio no es mensurable por su propia naturaleza, no se puede establecer por equivalencia su valuación dineraria. Se debe recurrir en tal caso a pautas relativas según criterio de razonabilidad que intente acercar la valuación equitativamente a la realidad del perjuicio" (Equitativa valuación del daño no mensurable, LL, 1990 -A:654). Va de suyo que abocada la Alzada a esta cuestión y en este entendimiento, las consideraciones del agravio del demandado se desvanecen pues es el juez quien aprecia las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Ha decidido la jurisprudencia: "La indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos" (SCBA Ac 54767 S 2/7/95, Juez San Martín (SD). Autos "Alonso de Sella Patricia y Otro c/ Dellepiane Angel s/ Daños y perjuicios", en DJBA 149, 161 AyS 1995 III, 15 ; SCBA 52258 S 2/8/94, autos Gómez Aurelio y otros c/ Agri Antonio s/daños y perjuicios? Juez Vivanco (SD), DJBA 147, 177, AyS 1994, 208, ED 160, 403); y que "el instituto del daño moral se aplica cuando se lesionan afecciones legítimas de una persona o cuando se ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o que hayan perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida" (CNCiv., Sala "D", ED 61:779; ídem Sala "E", ED 42:311, ídem Sala "F", ED 100:309). Hemos señalado en numerosos antecedentes que en la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar de alguna manera el daño causado a la víctima. Por ende, aceptada la responsabilidad del demandado en el hecho dañoso y las lesiones padecidas, es innegable la procedencia del daño moral. En este orden de ideas, atendiendo los extremos citados y las particularidades y circunstancias objetivas del caso, la edad del actor al momento del hecho (50 años), de estado civil soltero, en pareja, albañil, estudios primarios incompletos (ver fs 189), las lesiones padecidas en el rostro y la situación de incertidumbre que genera toda lesión hacia el futuro, hacen la reparación innegable. Apreciando estas circunstancias, el resarcimiento fijado en la instancia de origen resulta prudente y adecuado los extremos objetivos descriptos (arts. 1078 del CC y 165 del CPCC), y por lo tanto, no habré de modificar lo decidido. Los agravios no pueden prosperar debiendo desestimárselos. Gastos médicos farmacéuticos Nuevamente las partes litigantes cuestionaron la sentencia por entender que no responde, sea por insuficiente, sea por exceso, a la pretensión de autos. La señora juez de grado entendió razonable fijar la suma de tres mil pesos (4.700) como monto indemnizatorio (artículo 163 inciso 5 del C.P.C.C.), considerando la opinión del perito Dr Cappa en cuanto a que los gastos denunciados por la parte se ajustaban a las lesiones padecidas. Este Tribunal ha sostenido en varias ocasiones que "Corresponde admitir los gastos por remedios no documentados en la medida que se adecuen a la situación por la que debió atravesar el reclamante, cuya cuantificación puede hacerse acudiendo a lo normado por el art. 165 del código procesal civil y comercial de la Nación conf CNCiv. Sala A, 17/12/97, "Schromvaser, de Klaperman, Fanny c/ Nueve de Julio SAC y otros s/ Daños y Perjuicios", (conf. Daray, Hernán en op. cit. T. II p. 107), como que "Deben admitirse los gastos de farmacia y medicamentos aun cuando la asistencia se hubiere brindado 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" (CNCiv. Sala A, 11/12/97, Perrone Lindolfo A, y otras c/ Empresa de Transporte Sur Nor Cisa y otros s/ daños y perjuicios?. Ahora bien, la entidad de los gastos de ninguna manera impide que nos divorciemos de los principios de la prueba y de lo que efectivamente ha sido acreditado en las actuaciones, lo que no implica irrazonabilidad ni enriquecimiento sin causa; su determinación debe realizarse en un ámbito de prudencia y razonabilidad, tomando en consideración las máximas de la experiencia a las que cabe echar mano a la luz del principio apreciatorio de la sana crítica.(art. 165 CPCC), teniendo presente que no puede desconocerse que en muchos casos, parte de la cobertura es gratuita a través de hospitales públicos y otra puede efectuarse a través de alguna obra social. Los agravios en este punto no pueden admitirse. Solo traducen una mera opinión conjetural de quien recurre sobre el tema sin expresar razón sobre la cual pudiera afirmarse que existió error o equivocación en el juzgador y en su caso, en qué consiste. Los agravios deben desestimarse (arg. arts. 901, 1068, 1069, 1083 sstes y cctes del Código Civil; 165, 375, 384, 474 sstes y cctes del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia), debiendo confirmarse lo decidido en la sentencia de origen. Tratamiento kinésico. Se agravio el actor porque la sentencia desestimó la procedencia del reclamo, dejando de lado las consideraciones del perito Dr Cappa, que aconsejaba el tratamiento por la existencia de una cervicobraquialgia postraumática. El agravio no puede prosperar. La sentencia

desestimó la cervicobraquialgia postraumática, porque el perito interviniente "no puede afirmar que dicha lesión se encuentra relacionada con el hecho de autos, atento el tiempo transcurrido". Ergo si la cervicobraquialgia postraumática fue desestimada, mal puede prosperar el tratamiento kinésico que es su consecuencia. La tasa de interés aplicable al capital de condena. Conforme lo señalé anteriormente la citada en garantía se agravio en cuanto al modo que la sentencia de grado computó los intereses aplicables al capital de condena solicitando la utilización de la tasa pasiva. Si bien es cierto que los vaivenes de los diversos Tribunales de Grado han sido reiterados en la materia (inclusive de esta Sala en el sentido de aplicar tasas diferenciadas o la tasa pasiva BIP o Digital), no menos cierto resulta que esos cambios eran casados por la Doctrina del Címero Tribunal Provincial reiterada en cada pronunciamiento que se dictara al respecto con citas de sus precedentes inveterados. Así, decidía "Corresponde rechazar el agravio que controvierte la tasa de interés aplicable al monto indemnizatorio reconocido, en tanto corresponde seguir el criterio establecido -por decisión de la mayoría- por esta Suprema Corte, en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sentencias del 21-X-2009), según el cual, a partir del 1º de abril de 1991, según el cual, los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Código Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (cfr. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561; 622, Código Civil).? (SCBA LP C 118680 S 15/07/2015, Juez DE LÁZZARI (), E. de V., M. A. c/ Roza, Jorge Enrique y otro s/ Daños y perjuicios", Genoud -de Lázari -Hitters -Pettigiani -Kogan -Negri, JUBA B3900562 entre otros) LP Rc 118964 I 17/12/2014, Cabrera, Crispín y otra contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Daños y perjuicios y sus acumuladas de Lázari -Hitters -Negri- Pettigiani; SCBA LP C 114340 S 06/11/2013 Juez HITTERS(SD), Vázquez, Nora Cristina c/Municipalidad de General Pueyrredón y otros s/ Daños y Perjuicios, Hitters -Negri -Genoud- Kogan-Pettigiani-Soria-de Lázari, SCBA LP C 112393 S 02/05/2013 Juez KOGAN (SD) Allamano de Rivada, Marta y otros c/ Tapia de Carrera, Alcira y otros s/ Daños y perjuicios Kogan-Soria-Negri-Genoud entre otros, sumario JUBA B 3903676). Ahora bien, en un muy reciente pronunciamiento por mayoría del mismo Tribunal se indicó "La evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, impone precisar la doctrina que el Tribunal ha mantenido hasta ahora en el ámbito de su competencia originaria. Por tal razón, en este caso los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (arts. 622 y 623, Código Civil; art. 7, 768 inc. "c" y 770, Código Civil y Comercial; 7 y 10, ley 23.928). (conf. SCBA LP B 62488 RSD-98-16 S 18/05/2016 Juez SORIA (MA), Ubertalli Carbonino, Silvia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Demanda contencioso administrativa, Soria - Pettigiani - Kogan- Hitters- de Lázari -Genoud-Negri, sumario JUBA B4004519). Y aún más recientemente, en la materia específica atinente al resarcimiento de los daños y perjuicios, el mismo Superior Tribunal, en fecha 15 de junio de 2016 se ha expedido in re "Cabrera Pablo David c/ Ferari Adrián Rubén s/ Daños y Perjuicios" C119176, en el sentido que "...Se revoca la sentencia en el punto relativo a la tasa de interés, la que ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623 CCivil de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10 ley 23928 y modif.)." En un muy profuso análisis de cada uno de los Ministros integrantes de este Alto Tribunal, se hace un análisis acerca de la evolución y aplicabilidad de la Doctrina Legal que hasta la fecha se venía sosteniendo, de la incidencia que en ella tuvo necesariamente los cambios de realidades y de legislación fondal, interesando destacar que del voto del doctor Genoud surge que "...Es relevante la observación acerca de la gran cantidad de expedientes que tramitan diariamente por estos estrados y que exhiben distintos criterios adoptados por magistrados de los diferentes fueros en cuanto a la fijación de las tasas de interés. He de allí la conveniencia y razonabilidad de unificar los mismos determinando una tasa única. Ello con sometimiento a la seguridad jurídica que como principio esencial del derecho y garantía reconocida al individuo, se vincula con la certidumbre, confianza y convicción a los que debe ceñirse el ejercicio de los poderes del Estado, traducido en pautas de razonable previsibilidad...". Es doctrina legal del Superior Tribunal y por ende, obligatoria para los tribunales inferiores. Es por ello que los agravios de la Citada en Garantía no deben ser atendidos en el punto, debiendo computarse los intereses conforme la doctrina destacada de nuestro Superior Tribunal (arts. 622 y 623 CCivil de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10 ley 23928 y modif. De esta Sala II Lombardi Guillermo c/ Cimalando María y otros s/ daños. 22/06/2017 RSD 38 2017"). Por los fundamentos expuestos, voto a la primera cuestión por la afirmativa. A la misma cuestión y por idénticos fundamentos, el doctor Vitale, vota también por la afirmativa. A la segunda cuestión el doctor Rodríguez dijo: Tal como ha sido votada la cuestión anterior corresponde confirmar en lo substancial la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de recurso y agravio. Las costas en la

Alzada deberán imponerse a la parte demandada y citada en garantía (ésta en la medida de la cobertura contratada) en su condición de vencidas (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para el momento pertinente (art. 51 y 31 Dc Ley 8904). A la misma cuestión el doctor Vitale, por compartir los fundamentos expuestos, vota en idéntico sentido. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: Atento el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal RESUELVE: 1) confirmaren lo substancial la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de recurso y agravio; 2) Imponer las costas en la Alzada a la parte demandada y citada en garantía (ésta en la medida de la cobertura contratada) en su condición de vencidas (art. 68 del CPCC), ); 3) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art.31 y 51 del Decreto Ley 8904/1977); 4) Regístrese. Notifíquese (art. 135 inc. 12 del CPCC). Oportunamente devuélvase. Se deja constancia que en el presente caso, conforme la actuación profesional y la vigencia temporal de las leyes resulta aplicable al caso la ley 8904/77 (antecedente de esta Sala II in re Gimenez Angela c/ Clínica Modelo Los Cedros de San Justo SA y Otro s/daños y perjuicios" Expte LM 20187 RSI 332/2017 del 2 de noviembre de 2017 - RH 114/2017 - Sumario JUBA B 5031786/87/88).

025136E