

Clínica Independencia recién consta su atención el 28 de abril en donde se le diagnosticó "fractura de tobillo izquierdo", mientras que en la demanda se afirma "fractura de peroné". Solicita se revoque el fallo recurrido. c) Ante la negativa del hecho por parte de los accionados, corresponde analizar la existencia del "nexo causal", pues, de otro modo, se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por el otro o por la cosa de otro o por la propia culpa de la víctima. Por ello, la relación causal es un elemento tanto del acto ilícito como del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho e, indirectamente, con el elemento atribución objetivo; es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar (CC0002 Morón, RSD-94-95, S del 06/04/95, Juez Calosso). La regla general, a fin de establecer la carga del "onus probandi", de la demostración de los hechos constitutivos, incumbe a quien afirma la existencia del derecho que pretende hacer valer, tanto en los casos de responsabilidad aquiliana como contractual (art. 375 del CPCC), y está sujeta, en esta materia, a las limitaciones y condicionamientos determinados por la naturaleza de cada clase especial de responsabilidad. Así, en los casos de responsabilidad objetiva, como ocurre en autos por aplicación del art. 1.113 del Cód. Civil, se explica por una presunción de causalidad. Pero tal apreciación equivale a dar por sentado en esas situaciones el nexo causal, siendo que, por el contrario, ese vínculo debe ser precisamente materia de investigación como etapa indispensable del proceso imputativo del responder por las consecuencias lesivas del obrar. Que la ley, en algunas ocasiones, prescinda de la culpa del agente para tener por configurada la responsabilidad, no significa que de ahí se infiera una conexión entre un acontecimiento dado y el daño, requisito éste que debe ser materia de prueba en cada caso sometido a decisión o como dice la Corte Provincial "... ello no obsta que se ponga a su cargo la prueba de acreditar el daño, la calidad de dueño o guardián, el riesgo de la cosa y la relación causal existente entre la actuación de la cosa y el daño" (SCJBA, Ac. 51.750, S. 23/05/95).- d) Adelanto la opinión que no le asiste razón al quejoso.

En primer lugar, no es verdad que recién la actora fuera asistida once días después del hecho (17 de abril de 2010) según constancias de la Clínica Independencia (28 de abril). Del oficio contestado por el Hospital Municipal Dr. Raúl Lacarde, de San Miguel (fs. 259) consta que la actora fue atendida por Guardia de traumatología el mismo día del accidente (17 de abril de 2010) con un diagnóstico de "Tx tobillo izquierdo. Rx: fractura de peroné. Tratamiento: valva de yeso". Auténtica el certificado donde consta dicha atención por el profesional actuante, por presentar fractura del tobillo. En segundo lugar, no hay contradicción en el diagnóstico de la lesión de la actora; leyendo la demanda se puede advertir que la actora denuncia que sufrió "fractura del tobillo y peroné izquierdo", luego dice que fue intervenida quirúrgicamente con la "colocación de 6 tornillos entre la zona del tobillo y peroné". Terminología que también se observa en el libro de guardia del nosocomio anteriormente mencionado. En otra de las quejas, se ataca el valor probatorio de las declaraciones testimoniales de Olivera y Fernández. Si bien le asiste razón en cuanto a la primera de las nombradas (fs.243) ya que no ha visto el accidente, no ocurre lo mismo con la segunda (fs.245) que tampoco lo presenció pero sí estaba cuando la actora "...se bajó del colectivo y estaba lesionada... vio que con dificultad se bajaba la Sra. Aguirre del colectivo y la vio llorar?". Por último, los quejosos consideran que no debe darse valor probatorio a la confesión ficta del codemandado Andrada. Al respecto cabe responder que no es esta la oportunidad para formalizar cuestionamientos a la redacción de las posiciones ya que había pasado el momento procesal oportuno. Además el hecho de que las posiciones que se formulen contengan más de un hecho no resulta por sí sola que no sean válidas; en este sentido se debe actuar prudencialmente pues puede suceder que estén estrechamente vinculados los hechos entre sí -como sucede en las posiciones de fs.237-, y en tal caso, cabe admitirlas. Igualmente se observa, que las posiciones que ahora se pretenden cuestionar, tienen la misma redacción y en algunos casos son idénticas que las utilizadas para la absolución de la misma demandada y aseguradora y nada dijo la quejosa en esa oportunidad. En definitiva, la confesión ficta dictada a fs.236, de acuerdo al pliego de fs.237, tiene pleno valor probatorio (art.415 del CPCC). e) Por todo lo expuesto, habiendo acreditado la actora los presupuestos básicos de la responsabilidad, quedando así indefensa la demandada que negaba la existencia del ilícito con participación de una cosa bajo su guarda o dominio, se rechazan las quejas en tratamiento, confirmando la imputación y responsabilidad de la empresa de colectivos y el conductor del micro (art. 1113 del Cód. Civil; arts. 375, 384 del CPCC). SEGUNDO: LOS DAÑOS: Resuelto el tema de la responsabilidad, corresponde ahora entrar a considerar los agravios de ambas partes en relación al rechazo del rubro lucro cesante (actora) y cuantificación de los rubros daño físico y moral (demandada y citada). a) DAÑO FÍSICO.INCAPACIDAD SOBREVINIENTE: *) La sentencia apelada, teniendo en cuenta documentación agregada en autos, las lesiones sufridas por la actora, grado de incapacidad estimada por el perito médico del 12,64% y condiciones personales, fija en \$139.000 su indemnización. Rechaza el lucro cesante ya que ha sido compensada en el rubro por incapacidad. *) Se queja la actora por la no admisión del lucro cesante, afirmando que ese perjuicio comprende la ganancia o utilidad de que fue privada por no cumplir con su trabajo como empleada doméstica; sostiene que la incapacidad física (evalúa la imposibilidad de la víctima de producir en el futuro) y el lucro cesante (ganancia concreta y efectiva que se vio privada de percibir durante el tiempo en que no pudo trabajar en forma absoluta), son dos conceptos que no se superponen, sino que responden a la idea de una reparación verdaderamente integral. Solicita se la indemnice en forma separada.

*) Se agravan la demandada con su aseguradora, en primer término por el porcentaje (4%) de incapacidad que el experto ha estimado por la cicatriz en región maleolar del tobillo izquierdo, considerando que esa pequeña cicatriz no causa incapacidad estética alguna; luego critica el monto indemnizatorio por ser excesivo teniendo en cuenta la reducción del porcentaje de incapacidad, la edad de la actora y el trabajo denunciado. Por último, estima que como el lucro cesante no ha sido probado, debe reducirse el monto indemnizatorio en \$50.000. Solicita una sustancial reducción de la suma acordada. *) Veamos las constancias de autos que acreditan la existencia de las lesiones y su tratamiento: *) El Hospital Dr. Raúl Lacarde eleva copia del libro de guardia de traumatología, en donde consta la atención de la actora el mismo día del accidente, con el diagnóstico de TX tobillo izquierdo. RX: fractura peroné. Tratamiento: valva de yeso? (fs.259). *) La Clínica Privada Independencia eleva la historia clínica de la actora (fs.158/179), donde consta el ingreso de la actora con fecha 28 de abril y egreso el 29 del mismo mes; el diagnóstico es fractura de tobillo izquierdo, se le realizan estudios, se lleva a cabo intervención quirúrgica de osteosíntesis del tobillo, se colocan tornillos, placa con tornillos, valva posterior de yeso, posteriores atenciones durante los meses de mayo, junio, julio y setiembre, traslados en ambulancia, sesiones de FKT, utilización de muletas y silla de ruedas por 30 días. *) La pericia médica del Dr. Guillermo Vera (fs. 314/318), previo análisis de antecedentes médicos hospitalarios, estudios complementarios (Rx tobillo izquierdo y EMG MMII), dictamina que la actora presenta ?...a raíz del accidente una incapacidad por limitación funcional en el tobillo izquierdo por fractura del maléolo que requirió osteosíntesis; y cicatriz de origen quirúrgico, de 7 cm. de largo, en zona maleolar externa. Incapacidad laboral transitoria aproximada de 5 meses...con una incapacidad parcial y limitación funcional...4% por cicatriz estética en región maleolar lateral del tobillo izquierdo?. La citada en garantía impugna porcentual y solicita explicaciones (fs.322/323); hace referencia al baremo de Romano-Fernández utilizado por el perito; que el 12,64% de incapacidad es elevado por una fractura del peroné; que el perito no menciona el peso elevado de la actora en relación a su estatura que podría ser causa de las limitaciones; que es probable que luego de la cirugía, la actora mejore y sea menor la incapacidad. En definitiva considera elevado el porcentaje de incapacidad. El experto contesta (fs.326/328) señalando que ha utilizado para la determinación de las incapacidades el baremo de los Dres. Altube-Rinaldi; que se opere no significa que mejore; que no es exagerado el porcentaje que ha estimado sino adecuado por el tipo de lesión, daño causal con el accidente; que una persona con fractura en el tobillo puede caminar con bota o yeso y sin ello, después de consolidarse, menos de 20 días sería excepcional; que haya o no sobrepeso no impide la lesión ni el agravamiento, lo que sí pasó fueron tres meses de reposo y las limitaciones que podría causar el sobrepeso no guardan relación con el accidente acreditado en antecedentes médicos y hospitalarios y exámenes. Nuevamente la citada en garantía se presenta (fs.332) reiterando la impugnación; señala que el perito no se expidió en turno a la cuestión del enorme sobrepeso (afirmación que no es verdad tal como se desarrolló anteriormente). Agrega el impugnante un nuevo planteamiento en relación al exagerado valor que se otorga a las cicatrices ya que las mismas no son causa de afeamiento, ni rechazo por parte de otras personas, ni pena o exclusión, en definitiva, que no existe daño estético. El dictamen médico y sus ampliaciones me llevan a la convicción que ?... por los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos?, constituyen fuerza probatoria (art. 474 del CPCC).- *) El primer cuestionamiento de la demandada y aseguradora se refiere a la incapacidad del 4% por lesión estética, criticando su admisión y exagerado dicho porcentual, por una cicatriz que no es causa de ninguna incapacidad, que no constituye daño estético y no corresponde indemnizar en este rubro sino que en el daño moral; que de esa forma el porcentual queda reducido a un 8,64% y aun el monto es exagerado. Esta Sala ha seguido la doctrina legal de la Corte Provincial, en cuanto señala que la lesión estética constituye un daño material en la medida en que influya sobre las posibilidades económicas del damnificado o lo afecte en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida personal (conf. Ac. 67.778, sent. del 15-XII-1999; C. 93.144, sent. del 9-VI-2010), sin perjuicio claro está de su valoración al justipreciar el daño moral padecido por la víctima (conf. causa C. 102.588, sent. del 25-II-2009). En este sentido, por una razón puramente razonable y práctica, al no apelar la actora la cuantificación del daño moral, para no fallar en extra petita, la recepción del daño estético queda subsumida en el monto asignado en la incapacidad sobreviniente que tampoco fue objeto de queja de la accionante, pero no en relación al grado de incapacidad física, el cual quedaría reducido a 8,64%. *) La segunda queja está referida al rechazo del lucro cesante, que, al no estar acreditado corresponde reducir del monto indemnizatorio la suma de \$50.000. Por su parte, la actora también apela lo resuelto por la ?a quo?, argumentando que debe ser tratada en forma separada de la incapacidad sobreviniente, que es un rubro autónomo. La Suprema Corte Provincial es contundente cuando se refiere a ambos temas: ?... no puede confundirse la reparación por incapacidad con la correspondiente al lucro cesante, La primera es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento, en tanto que el segundo, consiste en el resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir durante el tiempo que haya demandado la curación de la víctima? (DJBA, 147.5865; citado por Silvia Tanzi, en su libro ?Rubros de la cuenta indemnizatoria...?, p.291). Sigue esta autora señalando que ?...el lucro cesante sólo intenta compensar en dinero el intervalo temporario en que la víctima del accidente se vio

privado de trabajar a raíz del ilícito...corresponde el resarcimiento en forma autónoma?. De acuerdo a lo señalado por el perito, la actora estuvo durante tres meses en reposo (recordar que había sido operada del tobillo, con placa y tornillos, con bota de yeso y sesiones de rehabilitación) por lo que deviene razonable entender que durante ese tiempo la actora estuvo imposibilitada de trabajar.

Por lo hasta aquí expuesto considero que deberá ser receptado el agravio propuesto por la actora y rechazar la queja de la demandada y aseguradora, por lo cual se deberá tratar el rubro en forma autónoma. *) La indemnización por incapacidad tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etc. En suma, el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluidos los daños de salud y a la integridad física y psíquica (A. Abrevaya, El Daño y Su Cuantificación, ed. Abeledo-Perrot, pág. 55/57; año 2008 y jurisprud. allí citada).- Su cuantificación no puede fijarse en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que debe adoptarse un criterio que, en cada caso, contemple las específicas circunstancias de la víctima, especialmente las referidas a la edad, estado familiar, preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción y la incidencia que ésta tiene para el cumplimiento de las tareas que desarrollaba, inclusive en su vida de relación, como también el nivel socioeconómico en que se desenvolvía. *) Por su parte, para la cuantificación del lucro cesante no se requiere la demostración exacta de las ganancias dejadas de percibir; resulta suficiente que esté justificada la labor prestada, lo que se ganaba y el tiempo transcurrido sin concretarla (art. 1069, Código Civil). Es sabido que si bien el lucro cesante debe ser cierto, la mencionada certeza es siempre relativa y por lo tanto no puede exigirse seguridad o infalibilidad en lo referente al cercenamiento de las utilidades. El modo de probar -teniendo en cuenta que el beneficio esperado no se ha producido aún- es la vía presuncional, con la demostración de circunstancias objetivas que concluyan en determinar que de no haberse originado el hecho lesivo probablemente se hubiesen percibido ganancias. Tiene dicho la jurisprudencia: "...debe surgir la realización de una actividad rentable por parte del reclamante con anterioridad al hecho y la suspensión de la misma a causa de las lesiones padecidas, de modo que pueda inferirse la frustración de ganancias alegada. Pero, ello no significa que el lucro cesante sea un daño presunto o hipotético; sino que se trata de un daño cierto, aunque demostrable a través de presunciones? (Cfme. CC0000 JU 43073 RSD-25-50 S 3-3-2009 B1600305). En autos se encuentra acreditado, que la actora se desempeñaba en tareas domésticas, que estuvo tres meses en reposo e imposibilitada de laborar y a los efectos de su cuantía se tomará en cuenta la escala salarial firmada por el Ministerio de Trabajo de la Nación y la U.P.A.C.P. que estableció el salario mínimo de una empleada de casas particulares, la suma de \$9.826,50 (12/12/17), por lo que hace un total de \$29.479. *) Por ello, teniendo en cuenta todas las circunstancias que surgen de la presente y de los autos homónimos del ?beneficio de litigar sin gastos?, que tramitan por ante el mismo juzgado y que tengo a la vista, la actora tenía 42 años al momento del hecho, de estado civil casada, madre de cuatro hijos, tres de ellos menores de edad en esa época, empleada doméstica, su imposibilidad de trabajar durante tres meses, el porcentaje de incapacidad física, falta de apelación de la actora, se confirma la suma total que estaba asignada en esta partida y en cuanto al lucro cesante fijar la suma de \$29.479 (arts. 1068, 1083 y ccs. del Cód. Civ., 375, 384, 474, 165 y ccs. del código de rito). b) DAÑO MORAL: El fallo en crisis determina para este rubro la suma de \$70.000. *) La demandada y aseguradora apelan la suma otorgada en este rubro por ser excesiva atento la intrascendencia del hecho, con fundamentos a los cuales me remito. Solicitan una reducción. *) Se entiende por daño moral, la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio de enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, como decía Ortolán (citado por Vélez Sársfield en la nota al art. 499 del Código Civil), contraría al principio de la razón natural (Cám. Civil y Comercial. San Isidro, Sala II, 998/12/29- Nadal c/ Argentino s/ Ds.Ps., LI Bs.As. 2000, 380). El daño moral es de carácter resarcitorio y no de naturaleza punitiva, es decir, no se trata de reprochar la conducta del ofensor, sino de resarcir económicamente a la víctima, que no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial.- Tiene entendido nuestro Superior Tribunal que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que haya existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- (SCBA, Ac. 51.179 del 02/11/93).- *) En definitiva, teniendo en cuenta la edad, sexo y demás circunstancias personales descriptas, las lesiones recibidas, días de internación, estudios, la intervención quirúrgica, los meses de reposo con valva de yeso, su rehabilitación con sesiones de FKT y atenciones periódicas, grado de incapacidad física, ante la falta de agravios de la actora, propicio que debe confirmarse el monto asignado en

esta partida (art. 1078 del Cód. Civil y arts. 375, 165 y cs. del CPCC).- TERCERO: CONCLUSIÓN: de compartirse mi criterio, considero que debe REVOCARSE la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto se hace lugar al reclamo por lucro cesante. Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. El señor Doctor Juan Manuel Castellanos por los mismos fundamentos, vota también Parcialmente POR LA AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. ROJAS MOLINA, dijo: Sentadas así las pautas, propongo REVOCAR la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto se admite el rubro lucro cesante por la suma de \$29.479; confirmar en todo lo demás que ha sido materia de agravios; costas de la alzada a los demandados y su aseguradora por ser sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad legal (art. 54 de la ley 8904). ASI LO VOTO. El señor Juez doctor Juan Manuel Castellanos por los mismos fundamentos, vota en análogo sentido. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Morón, 24 de mayo de 2018.- AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación se propongo REVOCAR la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto se admite el rubro lucro cesante por la suma de \$29.479; confirmar en todo lo demás que ha sido materia de agravios; costas de la alzada a los demandados y su aseguradora por ser sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad legal (art. 54 de la ley 8904).

031899E