

Caida En Un Pozo Existente En La Acera

JURISPRUDENCIA

Caída en un pozo existente en la acera

Se modifica el monto

indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios sufridos por la accionante al caer en un pozo cavado en la acera, más concretamente entre la vereda y la calzada, el cual no se encontraba señalizado.

ACUERDO En General San Martín, a los 18 días del mes de octubre de dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, los Dres. Manuel Augusto Sirvén y Carlos Ramón Lami, en virtud del Acuerdo Extraordinario N° 666/2008, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: ?TOLENTI, NORMA C/ MARCALBA S.A. y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, y habiéndose practicado oportunamente el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía realizarse en el orden siguiente: Dres. Lami y Sirvén. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: **CUESTIONES** 1. ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? 2. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? **VOTACION** A la primera cuestión el señor juez Dr. Lami dijo: I) La sentencia dictada a fs. 434/442 y vta., rechazó la excepción de prescripción opuesta por la citada en garantía Prudencia Cia. Argentina de Seguros Generales S.A., con costas. Hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por NORMA ISABEL TOLENTI contra MARCALBA S.A.-FONTANA NICASTRO SAC UTE RP 24, MARCALBA S.A.- y FONTANA NICASTRO S.A.C., EMANUEL MARCOS FEIJOO, condenando a éstos últimos a abonar a la primera la cantidad de PESOS CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS (\$ 137.600), con más intereses. Extendió los alcances de la condena a la Citada en Garantía PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. e Impuso las costas a los demandados vencidos, difiriendo la regulación de los honorarios para su oportunidad. II) Dicho pronunciamiento fue apelado por la actora a fs. 441; la citada en garantía a fs. 464. Los codemandados Marcalba SA, Marcalba SA-Fontana Nicastro SAC-UTE a fs. 454/455; y Fontana Nicastro SAC (fs. 461), éste último se tuvo por no presentada la actuación conforme proveído de fs. 489. La accionante sostuvo el recurso conforme la memoria de agravios agregada a fs. 501/514, siendo replicada por la empresa de seguros a fs. 524/526. La parte citada en garantía fundamentó el recurso a fs. 515/519 siendo contestada por la contraria fuera de término (fs. 528). Los recursos de los apelantes de fs. 453 y 454 fueron declarados desiertos a fs. 521. III-1) Se agravia el actor, a través de su letrado apoderado, por el rechazo del rubro indemnizatorio en concepto de incapacidad, invocando arbitrariedad por parte del Magistrado de la instancia de grado. Expresa, que el perito médico omitió revisar integralmente a la actora y expedirse sobre la totalidad de las lesiones denunciadas en la demanda, circunstancia ésta que si bien fue puesta en conocimiento al a quo, omitió atender dichas objeciones. Sostiene, que el Magistrado con base en dicho informe y sin realizar un análisis, fundó el rechazo de la partida. De ahí es que entiende que la sentencia apelada ha incurrido en arbitrariedad en los términos de la doctrina de la SCJBA. Cita jurisprudencia. Describe las tareas que debería haber realizado el perito. Alude al informe pericial adjuntado con la demanda. Reitera la impugnación al dictamen pericial, finalmente, indica las lesiones que a su juicio, padeció su mandante y que el perito no las habría detectado, reflejando el dictamen un estado de salud de su representada, que no es el real. Solicita se revoque el rechazo de la parcela impugnada. Respecto de los gastos de atención médica, kinesiología y farmacia, entiende que la suma de \$ 3.000 fijada por el pronunciamiento recurrido es reducida, ya que teniendo en cuenta el agravio anterior, el perito no respondió los puntos periciales propuestos. Realiza un cálculo a valores actuales de los gastos erogados, solicitando se eleve el rubro a la suma de \$ 20.000. En relación a la indemnización otorgada por tratamiento psicológico, sostiene que la suma de \$ 200 otorgada por sesión es reducida no cubriendo el costo de la partida, razón por la cual solicita se eleve el importe de la misma. En cuanto al daño moral, aduce que la suma fijada en \$ 25000 es reducida, ya que, a su entender, en virtud de las lesiones padecidas, la edad de la víctima de 50 años, la necesidad de atención médica y reposo de 40 días resultan circunstancias que ameritan la elevación de la partida. Por último, se queja por la tasa pasiva digital establecida por el a quo, por cuanto la misma no cubre el retardo del incumplidor moroso, empobreciendo de tal modo el capital de condena. Entiende además, que el criterio establecido por el máximo tribunal provincial resulta dogmático, ya que prescindió del análisis de la situación socioeconómica y judicial conforme las constancias de autos. Solicita se modifique el fallo recurrido, aplicándose la tasa activa. III-2) La citada en garantía a través de su letrado apoderado, se agravia en razón que la sentencia de autos otorgó en concepto de incapacidad por daño psicológico y tratamiento, cuando a su juicio, los mismos resultan improcedentes. Sostiene, que la actora no sufrió incapacidad física y en consecuencia no resulta razonable otorgar daño psicológico a la víctima que no sufrió secuelas a raíz del hecho. Explica los conceptos y criterios de valoración acerca de los daños psicológicos, solicitando en definitiva se deje sin efecto la partida o se reduzca el monto de la misma. Respecto del

tratamiento psicológico, se agravia por cuanto el mismo resulta excesivo y no se condice con las constancias de autos. Entiende que la suma otorgada es infundada, constituyendo un enriquecimiento sin causa por parte de la actora. Solicita se reduzca el importe del rubro. Respecto de los gastos médicos, kinesiología y farmacéuticos, manifiesta que el importe asignado es elevado, ya que no se compadecen con las constancias de autos. Solicita se reduzca el importe otorgado. Por último, respecto del daño moral, expresa que el monto establecido en la cantidad de \$ 25.000 resulta a su entender excesivo, ya que al evaluar la partida debe tenerse en cuenta la existencia efectiva de una alteración disvaliosa del espíritu del reclamante. Requiere la reducción de la cantidad asignada por la partida. IV) Motiva la demanda interpuesta, el accidente ocurrido el día 06 de febrero de 2008 aproximadamente a las 19,00 horas, en circunstancias que la actora se encontraba en la esquina de la Ruta Provincial 24 y la calle Ventura Coll, de la Ciudad y Pdo. de José C. Paz. Provincia de Buenos Aires, y mientras se encontraba esperando el colectivo, en forma imprevista cayó en un pozo cavado en la acera, más concretamente entre la vereda y la calzada, el cual no se encontraba señalizado, produciéndose los daños que describe y detalla. V) En razón que el 1° de Agosto del 2015 ha entrado en vigencia el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, nos introduce a considerar lo referido a la vigencia temporal de la ley, aspecto que aparece legislado en el artículo 7 del citado cuerpo legal. En tal sentido, la relación jurídica de autos al haberse consumado antes del advenimiento del actual C.C.C. (06/02/2008), determina que la presente causa debe ser juzgada de acuerdo al sistema anterior del Cód. Civil. Dejándose así propuesto. VI) Previo al tratamiento de la cuestión de fondo se ha de analizar la pretensión de deserción del recurso por incumplimiento del art. 260 del C.P.C.C. Planteada en el escrito de conteste de agravios obrante 524/526. Al respecto, estimo inatendible la postura ensayada. Ello así, en razón que la pieza de fs. 202/204, contiene la crítica y motivación mínima para abrir esta instancia, adúñase a ello, que el principio de defensa en juicio exige que la deserción recursiva sea de interpretación restrictiva (art. 18 CN y art. 10 de la Const. Pcial. SCJBA Ac. 32637 y Ac. 37480; Hitters, 'Técnica de los Recursos Ordinarios' p. 440 y sgts.). VII) Las quejas se encuentran dirigidas hacia la procedencia y montos fijados. Así, las partidas otorgadas por el a quo, sean por altas o por bajas, se tratarán en forma conjunta las distintas disconformidades expresada por las partes en las memorias de agravios, en razón de la vinculación que guardan entre ellas. Daño Físico: El máximo Tribunal Provincial, ha sostenido en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, que para su procedencia, se requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia apelada -en torno a la partida cuestionada- como acto jurisdiccional válido. SCBA LP 121448 I 04/07/2018, SCBA LP 121594 I 18/04/2018, SCBA LP 119733 I 18/04/2018, SCBA LP 119438 I 11/04/2018, SCBA LP 121151 I 13/12/2017, SCBA LP 120056 I 20/09/2017, SCBA LP, 121048, SCBA LP 119873 I 03/05/2017 LP. En tal orden, la denuncia se basó en afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación, toda vez que la presunta ausencia de motivación que aduce el recurrente -más allá de la disconformidad que expresa- no se advierte que el pronunciamiento de autos haya incurrido en la causal de arbitrariedad invocada, habida cuenta de las normas y jurisprudencia citadas, como la motivación expresada para arribar a la solución del caso de autos, más allá de su acierto o error. Ergo, propongo desestimar el planteo formulado por la demandada en torno al planteo de arbitrariedad de la parcela de la sentencia recurrida. Yendo al rubro impugnado, es dable señalar que a los efectos de determinar la entidad de la secuela discapacitante es de trascendental fuerza probatoria la Pericia Médica (art. 384 CPCC). En autos, a fs. 367/368 (actual foliatura) obra el estudio pericial médico. De la contestación a los puntos de pericia propuestos, surge que 'La actora padeció traumatismo de tórax, surgiendo de autos que no requirió tratamiento quirúrgico, solamente sintomático...no presenta limitaciones para practicar deportes, manejar vehículos y trabajar...el actor permaneció con tratamiento e inmovilización por el lapso de 40 días promedio...no presenta secuela...?'. La pericia fue impugnada a fs. 371/373 (actual foliatura), cuya respuesta por parte del experto obra a fs. 379 (actual foliatura), la cual ratifica los términos de la pericia practicada. Ante tal contexto, considero que el escrito impugnante de la pericia, no enervan las conclusiones arribadas por el experto. Ello así, puesto que cabe recordar que, no es dable admitir cualquier clase de impugnación, sino aquellas que se funden objetivamente en la incompetencia del experto, en errores o en el uso inadecuado de los conocimientos técnicos o científicos en los que pudiese haber incurrido. En tal sentido, la impugnación no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamiento genéricos del contenido del dictamen que se ataca. De manera tal, cuando la pericia aparece fundada en principios técnicos y científicos y concuerda con los demás elementos de ponderación arrimados al proceso, la sana crítica aconseja -en principio- que frente a la imposibilidad de oponer argumentos de igual naturaleza y de mayor peso convictivo, se acepten sus conclusiones (Esta Sala, causas: 51263 del 20/5/2003, 42.008 del 29/12/2009 entre otras; Cám. Nac. Apel. Sala J, causas 32650 del 4/6/2009, 32650 de 1/9/2009, 94.778 del 10/12/2010). De manera tal, la pericia médica se halla fundamentada en principios científicos, respaldada por el examen clínico practicado y estudios requeridos, que se complementa con la Historia Clínica agregada a fs. 355/359 (actual foliatura). En cuanto a la afirmación que el actor no fue revisado integralmente, aquélla no se encuentra respaldada por elemento alguno de autos. Respecto del informe médico presentado a fs. 14/19 con la demanda, constituye un instrumento unilateral presentado y desconocido por la contraria en el escrito de responde. Finalmente, cabe señalar la

inexistencia de elementos o pruebas que desvirtúen la labor realizada por el experto. Por todo lo cual, la pericia, en mi opinión, adquiere la fuerza probatoria que permite compartir sus conclusiones. (arts. 472, 473 y 474 y conchs. del C.P.C.C.). No obstante lo expuesto, según reiterado criterio sostenido por esta Sala I (causas n° 53719, 51816, 58441, 60694, entre otras), resulta procedente la indemnización por lesiones derivadas de un accidente de automotores aunque no trasunten incapacidad. En diversos fallos (causas 61.953 del 29/10/2009 y 62.434 del 15/4/2010), se ha dicho que el derecho personalísimo que todo ser humano posee a la integridad física, psíquica y moral, de rango constitucional (art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -pacto San José de Costa Rica- y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) determina que no sólo la incapacidad absoluta resulta resarcible sino que también las lesiones en sí, aunque no trasunten incapacidad deben ser resarcidas, en tanto importen una limitación a la plenitud afectada y sean derivadas de un hecho ilícito (Excma. Cám. CCom. Dtal., Sala II, causa 37.592 del 30-5-95. RID 158/95). En tal sentido, también se ha sostenido, que el derecho a la vida, a la seguridad e integridad de la persona son garantías constitucionales (Art. 3° de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y arts. 4° y 5° de la Convención Interamericana - Pacto de San José de Costa Rica-). La declaración y la Convención integran nuestra Constitución Nacional - art. 75, inc. 22- (CNCiv. Sala C, 12-2-98, in re: ?Cabral, Félix Daniel c/ Club Vélez Sarsfield y otros s/ daños y perjuicios? - E.D: bol. n° 9915 del 6-1-2.000). Así pues, cabe concluir que más allá que se encuentra probado, conforme la pericia médica referenciada precedentemente, que la actora no presenta grado de incapacidad, cierto es que se halla acreditado el daño en la persona de la demandante. Por ende, tratándose de una incapacidad transitoria, la que ha importando una limitación a la plenitud de la persona afectada, resulta procedente la partida. Consecuentemente, por lo expuesto y teniendo en cuenta que la actora es una persona adulta de 59 años de edad -al momento de la pericia (fs. 291), trabajadora doméstica, de condición económica modesta, no poseyendo bienes de fortuna (autos ?Tolenti, Norma Isabel s/ Beneficio Litigar sin gastos?, agregados por cuerda a autos), propicio revocar el rechazo de la partida y acoger la misma, asignando la suma de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000)(arts. 1068, 1069 y conchs. del C.Civ. y 165 del C.P.C.C.). VII-2) Daño Psicológico y Gastos de Tratamiento: la pericia obrante a fs. 291/292, informa que ?la actora cuya personalidad previa es de eficaz funcionamiento sin alteraciones estructurales...el hecho dañoso, sorpresivo y violento de esta Litis ha sumado a su estructura psíquica un elemento que la ha enfrentado a su imaginaria condición de invulnerabilidad, que se ha visto desbordada especialmente por el carácter imprevisible del hecho...todo ello revela la existencia de daño psíquico, estimándose en un 10%. El cuadro que presentó el actor, ha sido abordado seriamente por la experta a través del suministro de una batería de tests y entrevista personal, lo cual desvanece la impugnación de la demandada efectuada a fs. 302, ya que ningún elemento obra en autos, como tampoco ninguna prueba de igual o superior tenor ha producido la demandada a fin de contrarrestar la sólida pieza pericial que permitirían aminorar sus conclusiones. Consecuentemente, produciendo convicción al suscripto, he de compartir con sus conclusiones (arts. 457, 472, 473, 474 y conchs. del C.P.C.C.). Así, pues, en atención a las características de los trastornos padecidos, los efectos paliativos que redundarán en la persona de la actora, y demás condiciones personales indicadas ?supra?, considero que la suma establecida por el a quo de \$ 100.000 resulta excesiva conforme los parámetros de esta Sala I, proponiendo su reducción a la suma de PESOS SESENTA MIL (\$ 60.000). En cuanto al importe por sesión, la suma de \$ 200 asignada resulta reducida, ya que según el criterio de esta Sala, que es la de otorgar la cantidad de \$ 500 por cada entrevista. Consecuentemente, propicio la modificación de la partida, estableciendo la suma de \$ 500 por sesión, alcanzando el importe total por las sesiones sugeridas a la cantidad de PESOS VEINTICUATRO MIL (\$ 24.000) (art. 165 del C.P.C.C.). VI-3) Daño Moral: tiene dicho esta Sala I, que el daño moral se configura por el conjunto de padeceres, tristezas, angustias y sufrimientos recibidos por la víctima a raíz del infortunio y que encuentran andarivel normativo en lo dispuesto por el art. 1078 del C. Civ. (causas: 48.469, 48.402, 48.139, 52.367, entre otras). En cuanto a la fijación de su ?quantum? debe tenerse en cuenta el carácter del sufrimiento causado y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Conf. CSJNac. G.O. de G.F.A. c/ Pcia. de Bs. As., 9/12/93). En tal orden de ideas, ha de tenerse presente las lesiones recibidas por la actora conforme la pericia médica referenciada precedentemente y el tiempo de inmovilización que indudablemente, afectaron a la víctima en sus sentimientos, provocándole angustias, inseguridad y desazón, intranquilidad, incertidumbre, todo lo cual se ha proyectado en el plano interior de la persona. Por tales circunstancias, y aspectos personales indicados en la partida que preceden, estimo reducida la suma de 25.000, otorgada en la instancia de grado. Ergo, propongo la elevación a la cantidad de PESOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 35.000) (art. 1078, 1083 del C. Civ. y 165 del C.P.C.C.). Gastos de atención médica, farmacia y Kinesiológicos: La pericia de fs. 367/368, en cuanto a los gastos que se reclaman informa que ?Por gastos médicos la suma de \$ 500, gasto inmovilizado \$ 1000 promedio y respecto del tratamiento Kinesiológico no lo requiere? (lo subrayado me pertenece). De tal modo, considero que la partida ha sido acertadamente tratada y fundada por el a quo. En cuanto al monto otorgado de \$ 3000, considero que ha sido razonablemente justipreciado de acuerdo a las circunstancias del caso, razón por la cual, propicio su confirmación. Lo propio, respecto de la partida por gastos Kinésicos. Intereses: En materia de intereses que corresponde aplicar sobre el capital de condena, la Suprema Corte de

Justicia Provincial, en las causas C. 101.774, ?Ponce? y L. 94.446, ?Ginossi? (ambas sentencias del 21-X-2009) decidió -por mayoría- ratificar la doctrina que sostiene que a partir del 1° de abril de 1991, 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 (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561-; 622, Código Civil; causas Ac. 43.448, ?Cuaderno?, sent. del 21-V-1991; Ac. 49.439, ?Cardozo?, sent. del 31-VIII-1993; Ac. 68.681, ?Mena de Benítez?, sent. del 5-IV-2000; L. 80.710, sent. del 7-IX-2005; entre otras). Criterio ratificado más recientemente en las causas 107.394 del 9/6/2010 ?Brancaleone de Riva, Ana Nora c/ Passo, Eduardo. y otro s/ Daños y Perjuicios? y en la causa n° 93.136 del 9/6/2.010 ?Raimundo, Carlos Romualdo c/ Bianco, Alberto y otro s/ Daños y Perjuicios?.; llegándose a la actualidad, donde el Címero tribunal sostuvo que la aplicación de los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Pcia. de Bs. As. para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta días (causa B-62488 del 18 del mayo de 2016). En seguimiento dicha doctrina legal (art. 278 del C.P.C.C.) esta Sala I ha aplicado la tasa pasiva de interés ?plazo fijo digital a 30 días?, a través del sistema ?Banca Internet Provincia? (causas 45.107, 52.887, 52.743 y 59.032 entre muchas otras). Consecuentemente, los argumentos vertidos en la expresión de agravios de la parte actora (fs. contestación de agravios de fs. 513/514, se desvanecen frente a la doctrina señalada y aplicada conforme se cita precedentemente. Consecuentemente, propicio la confirmación del fallo apelado en la parcela tratada. VII) En cuanto a las costas de esta instancia, se propone imponerlas por su orden, atento el alcance y forma que ha sido decidido el recurso (art. 68 segunda parte del C.P.C.C.).

Con los alcances expresados voto por la afirmativa. El señor Juez Dr. Sirvén, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el señor Juez, Dr. Lami, dijo: Atento el resultado de la votación a la cuestión anterior, corresponde: I) MODIFICAR las siguientes partidas: INCAPACIDAD SOBREVINIENTE, se revoca el rechazo de la partida, acogiéndose la misma; estableciéndose la suma de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000). DAÑO PSICOLOGICO: se reduce a la suma de PESOS SESENTA MIL (\$ 60.000). TRATAMIENTO PSICOLÓGICO: se eleva a la suma de PESOS VEINTICUATRO MIL (\$ 24.000). DAÑO MORAL. Se eleva a la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 35.000). II) CONFIRMAR la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000) en concepto de gastos médicos y farmacia. III) CONFIRMAR el rechazo de la partida por GASTOS KINESIOLOGICOS IV) CONFIRMAR la tasa de interés aplicada en el pronunciamiento de grado. IV) Proponer la imposición de las costas de esta instancia, por su orden (art. 68 segunda parte del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 del D. Ley 8904). Así lo voto. El señor Juez Dr. Sirvén, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto, I) SE MODIFICAN las siguientes partidas: INCAPACIDAD SOBREVINIENTE, se revoca el rechazo de la partida, acogiéndose la misma; estableciéndose la suma de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000). DAÑO PSICOLOGICO: se reduce a la suma de PESOS SESENTA MIL (\$ 60.000). TRATAMIENTO PSICOLÓGICO: se eleva a la suma de PESOS VEINTICUATRO MIL (\$ 24.000). DAÑO MORAL. Se eleva a la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 35.000). II) SE CONFIRMA la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000) en concepto de gastos médicos y farmacia. III) SE CONFIRMA el rechazo de la partida por GASTOS KINESIOLOGICOS IV) SE CONFIRMA la tasa de interés aplicada en el pronunciamiento de grado. IV) SE IMPONEN LAS COSTAS de esta instancia por su orden (art. 68 segunda parte del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 del D. Ley 8904). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

034012E