

## Danos Y Perjuicios Prueba Pericial Apreciacion De La Prueba Cuantificacion

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Prueba pericial. Apreciación de la prueba.

**Cuantificación** Se revoca el fallo en cuanto hizo lugar al rubro daño y tratamiento psicológico, porque en la demanda no se ofreció la pericial psiquiátrica o psicológica, y la pericia la efectuó la médica legista apoyada en un psicodiagnóstico que la parte actora aportó al expediente y que ha sido realizado por una persona no designada como perito. En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 05 de Abril de 2018, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Jose Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MERCAU MIGUEL ANGEL C/ NIGRO SANDRA NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Causa N° MO-13145-08, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: GALLO-JORDA, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? VOTACION A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo: I.- Antecedentes 1) El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 7 Departamental a fs. 289/306 dictó sentencia admitiendo la demanda en los términos que de allí surgen.- 2) Contra tal forma de decidir se alzaron a fs. 312 la actora y a fs. 307 la demandada y citada en garantía, interponiendo los respectivos recursos de apelación; los mismos fueron concedidos libremente a fs. 313 y 311, respectivamente; se los fundó con las expresiones de agravios de fs. 329/333vta. y 337/343vta.- Fundamentaciones que fueron replicadas a fs. 345/7 y 348/351, respectivamente.- 3) A fs. 353vta. se llamó "AUTOS PARA SENTENCIA", providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.- II.- Las quejas La parte actora se alza contra los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral, reclamando la elevación de ambas partidas.- La demandada y su garante, mientras tanto, bregan por la disminución de la suma fijada en concepto de incapacidad sobreviniente; reclaman el rechazo del rubro incapacidad psicológica y tratamiento, la reducción de las sumas fijadas para el daño moral y los gastos, y objetan la tasa de interés fijada.- A los términos de cada una de estas fundamentaciones recursivas cabe remitirse brevitatis causae.- III.- La solución desde la óptica del suscripto Inicialmente debo señalar que, desde mi punto de vista, ambas expresiones de agravios satisfacen, en líneas generales, las exigencias del art. 260 del CPCC.- Ahora bien, sentado ello y computando la índole de los agravios, es menester efectuar alguna precisión liminar en cuanto al ordenamiento jurídico que resulta aplicable para resolver el caso.- Al respecto ha resuelto esta Sala en la causa nro. 53.797 (R.S. 159/2015), que: "la solución es la misma que en materia de responsabilidad: decía la Dra. Kemmelmajer de Carlucci -en la obra anteriormente citada- que el daño no es una consecuencia sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad y esta es la razón por la cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior; señalando categóricamente que la mayoría de las reglas establecidas en los artículos 1708 y siguientes se aplican solo a los daños producidos después de Agosto de 2015 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación, cit., p. 28 y 158).- En el mismo sentido, ha explicado Moisset de Espanes que "la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en virtud de la ley, cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios para que ella se configure. Uno de los presupuestos básicos es el daño sin el cual no va a nacer la obligación de resarcir; queremos destacar, entonces, que el daño no es consecuencia de la relación jurídica de responsabilidad, sino que es causa constitutiva de esa relación. Para que nazca la obligación de resarcir es menester que se reúnan todos los presupuestos que la ley exige y, en especial, el daño? (MOISSET DE ESPANES, Luis, El daño moral y la irretroactividad de la ley, JA 1972 Serie Cont.-13, 352).- Distinguiendo, con mucha claridad, efectos de consecuencias se ha dicho que efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto; y que, por estar incorporados en él, se regirían siempre por la ley existente en el momento de su constitución (LAVALLE COBO, Jorge E., en AA.VV., Código Civil y leyes complementarias, BELLUSCIO, Augusto C. (dir) - ZANNONI, Eduardo A. (coord), T 1, p. 21).- En suma: para el juzgamiento de los montos resarcitorios vinculados con los daños producidos al momento de acontecer el hecho, corresponderá aplicar el ordenamiento jurídico vigente en aquella época".- Con ello dicho, puedo pasar al tratamiento de las quejas, lo que haré parceladamente a fin de dotar a mi exposición de la mayor claridad.- 1) Incapacidad sobreviniente Todos los apelantes cuestionan lo decidido en el rubro; mientras que la actora pretende su elevación, la demandada y su garante reclaman su reducción.- Dicho esto, y comenzando a abordar el punto, es entonces tiempo de recordar -en cuanto a la incapacidad física- que, en mi concepción, la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno

el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. "Resarcimiento de daños", t. 2da. Daños a las personas:, pág. 71 y sgs.).- La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. Const. Nac., 89 del C. Penal, 1086 y ccs. del Código Civil).- Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa nro. 30.973, R.S. 389bis/1993).- Con todo, hay algo fundamental: quien alega haber sufrido determinado daño, debe acreditarlo debidamente y en caso de que así no sea, deviene de aplicación la regla del art. 375 del CPCC (esta Sala en causa nro. 49685 R.S. 522/04, entre otras).-

Ahora bien, sentado ello tenemos que aquí los agravios de las partes (ambas) giran en rededor de la tarifación económica del menoscabo y se refieren (en mayor o menor medida) a la pericial llevada a cabo en autos.- Por lo demás, sabemos que son los agravios de las partes los que delimitan la función revisora que la ley nos asigna (arts. 260, 266 y 272 del CPCC) y no podemos excedernos de dicho marco de actuación; de lo contrario, nuestra decisión quedaría viciada, por incongruente y susceptible de ser invalidada.- Sentado ello, como el abordaje de los recursos requiere el análisis del tenor del daño y la magnitud de su repercusión en el actor, y ello involucra la valoración de la pericia médica llevada a cabo en autos, debo recordar -de todo comienzo- que en cuanto al valor probatorio de los dictámenes periciales, he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en su conocimiento personal, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III,396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).- El art. 474 del CPCC establece que "la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca". Ahora bien, el presente caso ostenta circunstancias extremadamente particulares que no puedo pasar por alto al momento de decidir, en tanto para expedirnos sobre los agravios es necesaria, insisto, la valoración de la prueba pericial llevada a cabo en autos.- Veamos.- Aquí ha sido sorteada como perito médico legista la Dra. María del Carmen Paludí (ver fs. 169), quien aceptó el cargo (ver fs. 178) y emitió su dictamen (ver fs. 236/245vta.), evacuando el pedido de explicaciones (ver fs. 258/259vta.).- Ahora bien, de la atenta lectura del expediente puede observarse que, en el escrito de demanda (mas precisamente a fs. 34) la parte actora ha manifestado lo siguiente: "G- ASISTENCIA A LAS PERICIAS: En virtud de lo dispuesto por el art. 469 del CPCC solicito de V.S. se autorice a presenciar las pericias a mi parte junto a nuestros consultores técnicos Dres. Mendiuk y/o Marcos Enrique Tesler y/o Fabián Oscar Cuchero y/o María del Carmen Paludí y/o Daniel Enrique Martín y/o Diana Montes, debiendo en consecuencia los peritos informar con suficiente antelación las fechas y horas en las que serán llevadas a cabo las diligencias tendientes a producir las pruebas respectivas".- Y esto no es todo: en cuanto al daño físico leemos lo siguiente a fs. 28vta.: "Por todo ello, y tal como nos ilustrara nuestro consultor técnico Dres. Mendiuk y/o Marcos Enrique Tesler y/o Fabián Osear Cuchero y/o María del Carmen Paludí y/o Daniel Enrique Martín, es que mi parte estima que como consecuencia del hecho dañoso, la víctima sufre una incapacidad física parcial y permanente al menos de un

50 % (CINCUENTA POR CIENTO) del total vida".- El resaltado me pertenece (en ambos casos).- Se trata de un dato objetivo, contundente y categórico, que no surge mas que de los propios dichos de la actora plasmados en su demanda (Teoría de los actos propios).- De ellos se desprende que la Dra. Paludi es consultora técnica de dicha parte (aunque la figura no existe en nuestro medio, denota claramente la vinculación de la profesional con la parte y/o su letrado) y, además, que dicha profesional ha ilustrado a la actora acerca de la magnitud y tenor del daño (ver fs. 28vta).- Ahora bien, esta circunstancia -que surge evidente de la lectura del expediente- ha sido pasada por alto (completamente desatendida) por el Sr. Juez de Grado.- Tampoco han planteado nada al respecto ni la parte actora, ni tampoco la demandada y citada en garantía.- Es entonces que, así, se inserta un complejo dilema procesal.- Como sabemos, una de las cuestiones elementales que deben rodear a este medio probatorio es la imparcialidad del perito (DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, T II, p. 398), entendida como su ajenidad total a las partes y letrados intervinientes en el proceso, como así también a la materia discutida en su seno.- Es que la actuación de un perito parcial (en virtud de su relación con alguna de las partes o la materia controvertida en el proceso) es susceptible de afectar la eficacia de la prueba (PALACIO, Lino E., Derecho procesal civil, T IV, p. 704).- Por lo demás, y en sintonía con ello, tenemos que convergía una clara causal legal de recusación respecto del perito.- En efecto: las causales de recusación del perito son las mismas que las que rigen para los jueces (art. 464 del CPCC).- Así, el art. 17 inc. 7 del CPCC establece como causal de recusación el "haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado".- Nótese que la ley no exige actualidad (dice ser o "haber sido") y habla del defensor, pero -en el caso de los peritos- tal figura (la del defensor) se identifica con la del consultor técnico; además, contempla la emisión de opinión acerca del tema.- La figura del consultor técnico ha sido asimilada con la de un defensor de los intereses de la parte que lo propuso, desempeñando una patrocinio técnico de la parte a la que asiste (FENOCHIETTO, Carlos E., Peritos y consultores técnicos en la ley 22.434, LL 1981-C-1199; GONZALEZ, Atilio, El consultor técnico en la normación del CPCCN, LL 1990-D, 840).- Y aquí hemos visto que llega reconocido no solo el carácter de "consultora técnica" de la Dra. Paludi, sino también que -según los consultores técnicos mencionados (entre los que está la Dra. Paludi)- el grado de incapacidad era el afirmado en la demanda.- Se daba, así, claramente una causal de recusación respecto de la perito, que hubiera ameritado su apartamiento inmediato del proceso (arts. 463 a 466 CPCC).- Es mas, como la misma surgía de manera objetiva, fehaciente y categórica de las constancias del expediente (dichos de la propia parte actora) el perito debería haber sido apartado de las actuaciones sin mayores indagaciones ni necesidad de prueba (art. 466 y 492 CPCC).- Pero nada de esto pasó, y la recusación no se articuló.- Tampoco el perito se excusó.- ¿Debía haberlo hecho? Pues el CPCC no lo dice expresamente.- Con todo, el art. 34 de la Resolución 2728 de la Suprema Corte de Justicia ("Reglamento para la confección de lista y designaciones de oficio de profesionales auxiliares de la Justicia") establece que "las designaciones de oficio son irrenunciables, bajo apercibimiento de aplicarse las sanciones previstas en el artículo 36. Si al profesional desinsaculado le comprenden causales legales de excusación o alega razones de incompatibilidad, la resolución que adopte el juez de la causa deberá ser comunicada por el Juzgado o Tribunal, dentro de las 24 horas al organismo de contralor". Es decir que, de acuerdo con tal preceptiva, ante la existencia de una causal legal de excusación, el experto debía haberlo manifestado para que el juez adoptara la decisión que correspondiera.- Ahora bien, nada de esto sucedió y la causa llega en estas condiciones a la Alzada, donde nos toca a nosotros valorar un dictamen efectuado en semejante contexto.- Cuestión que -insisto- se ha instalado no solo por la acción (o inacción) del perito, sino también la propia inacción de la parte actora (que, interesada en la inmaculación de la prueba, debió haberlo recusado), de la demandada y su garante e inclusive del propio órgano jurisdiccional.- ¿Qué debemos hacer? Pues bien, acudiendo a las reglas de la sana crítica (art. 384 del CPCC) hay algo evidente: no podemos darle ninguna eficacia ni validez probatoria a la labor llevada a cabo por un experto que debería ser imparcial cuando está plenamente reconocida la existencia de una vinculación, muy directa, no solo con la parte y su asistencia letrada, sino también con el sustrato fáctico de la cuestión (recordemos lo expresado a fs. 28vta. en cuanto a que el porcentual de incapacidad referenciado en la demanda lo era por indicación de los consultores técnicos).- Y aquí aflora otra cuestión: no estamos ante un proceso ordinario, donde actúan tres peritos (uno propuesto por cada parte y un tercero que designa el juez) sino ante un proceso sumario, donde la pericia la hace un solo experto (art. 492 CPCC), lo cual intensifica la necesidad de que sea totalmente aséptico.- En tal contexto, de ninguna manera puede convalidarse esta situación y, en mi concepción, no puedo reconocerle ningún valor convictivo a la tarea efectivizada en estas (anómalas) condiciones.- La Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha considerado inválido lo actuado por quien, estando en clara situación de excusarse, no lo hizo (Sup. Corte Bs. As., 21/12/2011, causa C. 101.622, "Salvo de Verna, Sara y otra contra Ganadera Don Aurelio S.A. Ejecución").- Esto lo predicó el Alto Tribunal con relación a un magistrado (declarando nulo lo decidido) pero, a mi modo de ver, resulta de plena aplicación cuando se trata no de la actuación de un juez, sino de la actuación de un perito.- Tengo para mí que la garantía de imparcialidad, donde está interesado el orden público, no merece interpretaciones estrechas sino amplias.- Nuestro encofrado jurídico garantiza y pone énfasis la imparcialidad

en el tribunal, pero cuando el material a utilizar para la decisión de la causa involucra cuestiones técnicas o científicas que le son ajenas al juzgador (art. 457 del CPCC), entiendo que tal garantía debe involucrar, también, a los profesionales que el orden jurídico convoca a intervenir, no ya como asistentes de las partes, sino como auxiliares del juez.- Y no olvidemos los poderes/deberes que, como directores efectivos del proceso, recaen en cabeza nuestra (arts. 34 y 36 del CPCC) entre ellos los de resguardar la defensa de las partes y evitar temperamentos que puedan introducir nulidades en el procedimiento.- En este contexto, pienso que no es determinante, ni concluyente lo que han hecho (o, mejor, dejado de hacer) las partes o el juez de grado, por la sencilla razón de que a este Tribunal (como órgano, por regla, final de juzgamiento fáctico y ordinario -salvo, obvio, el recurso extraordinario ante la Suprema Corte-) le toca la valoración del dictamen y, desde ya, no podría ejercer tal faena prescindiendo de lo que las propias constancias (objetivas) de la causa nos dicen con voz elocuente: que la perito que efectuó el dictamen se encontraba encuadrada en una causal (legal) de excusación.- Es que, como somos llamados a expedirnos sobre el rubro, el dictamen debe contribuir a formar nuestra convicción (ya no la del juez, ni tampoco la de las partes) y es entonces en tal terreno donde debe definirse esta atípica cuestión.- Así, incluso una interpretación sistémica nos conduce en el mismo sentido: si la vinculación del testigo con alguna de las partes es razón suficiente como para analizarlo con estrictez y hasta llegar a prescindir de su testimonio, si se sospecha de su parcialidad (arts. 439 y 456 CPCC) lo mismo debe ser de aplicación al perito.- Entonces, son las reglas de la sana crítica (art. 384 del CPCC) las que vienen a definir la cuestión, ante el silencio del Código al respecto.- Y en seguimiento de esas reglas, insisto, entiendo que no puedo, ni debo, darle ninguna eficacia probatoria al dictamen de fs. 236/245vta. por todas las razones ya expuestas (arts. 384 y 474 del CPCC).- Ahora bien, despejada esta cuestión, tenemos que expedirnos acerca de los agravios.- Aquí nos encontramos con otro problema, porque la demandada y citada en garantía no nos piden el rechazo del rubro, sino solo su reducción, lo que limita nuestras potestades revisoras al respecto (arts. 260, 266 y 272 del CPCC).- Y en sus agravios plantea algunas cuestiones vinculadas con las lesiones que han sido consecuencia del hecho.- En primer lugar, creo que llevan razón la demandada y su garante cuando sostienen que lo atinente a la lesión en el hombro no debe ser considerado a los efectos resarcitorios.- Es que dicha lesión no fue concretamente afirmada en el escrito de demanda (art. 330 CPCC), por lo que ni siquiera podía ser tema de prueba (art. 362 del CPCC) y elementales razones de congruencia nos impiden tenerla en cuenta para decidir (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 272 del CPCC).- Despejado esto, tenemos también objeciones atinentes a la vinculación causal de la lesión en el codo respecto del hecho y, además, con la cuantía del monto fijado.- Para juzgar el punto tenemos algunas cuestiones en firme.- La primera es que el accidente (colisión entre automóvil y motocicleta) existió efectivamente, pues llega firme la decisión acerca de la atribución de responsabilidad y su mecánica.- En este contexto, la testigo Prieto (fs. 8/vta. de la IPP) afirmó que a resultas de la colisión, el actor se cayó de la motocicleta e impactó contra el suelo; no brinda mayores detalles acerca de las lesiones que habría sufrido (lo que, a esta altura, sería de especial interés para formar convicción).- Por lo demás, el accidente produjo ciertas lesiones al actor y, al efecto, debemos acudir a la documentación médica concomitante al hecho.- Pero aquí se inserta otra cuestión, pues la cuestión de la atención inicial es también bastante confusa.- El actor refiere en su demanda haber sido atendido primero en el Hospital de Atención Primaria de Ituzaingó, luego en el Hospital Posadas y finalmente en el Hospital Guemes (ver fs. 24vta./25).- De la atención primigenia en Ituzaingó, da cuenta la constancia de fs. 77/8, que nos habla solamente de un traumatismo de rodilla.- Ahora, advierto que el mismo día (el siguiente al del hecho) el actor es atendido en dos lugares diversos.- Al Hospital Posadas llega "derivado por accidente en la vía pública" inmovilizado con collar de Philadelphia, mencionando la atención primaria en el Hospital de Haedo, con excoriaciones en brazos y piernas, inflamación de codo y traumatismo de tobillo; refiriéndose luego la atención posterior (ver fs. 219).- Pero ocurre que al Hospital Güemes llega a la guardia "por sus propios medios", solo con lesiones en su rodilla, se le dan las pautas de alarma y se lo cita para control externo (fs. 103/4).- Ambas atenciones son del mismo día.- Por lo demás, al formular su denuncia en sede penal solo refirió haber sido atendido en el Hospital Posadas (fs. 1).- Entonces me pregunto ¿donde fue atendido en primer lugar? Porque tanto en la actuación labrada en el Hospital de Ituzaingo como en la referenciada en el Hospital Guemes se habla de un problema en la rodilla, mientras que en la actuación del Hospital Posadas se agregan varias otras cuestiones mas.- Supongamos que arribó al Hospital Posadas en segundo término (que no es lo que dice en la demanda); en tal caso ¿dónde se le colocó la inmovilización con collar con la cual llega a dicho nosocomio? Por lo demás, en la misma demanda se afirma que su atención continuó ante el Hospital Guemes, pero allí no llega con collar, se lo cita para control por consultorios externos y no surge que nunca haya vuelto.- En verdad, es muy poca la claridad de estas constancias y difícilmente explicable la atención en tres lugares distintos en tal escaso lapso temporal.- A ello agrego, todavía, otro dato mas.- A poco mas de un mes del hecho (es decir, cuando se promueve la demanda) se dice haber hecho gastos de farmacia y de asistencia médica por la suma de quince mil pesos (ver fs. 30).- Y no son quince mil pesos de hoy, sino quince mil pesos del año 2008.- Pues bien: de esos quince mil pesos no se trae ni un solo comprobante.- Es cierto que -como ya lo veremos con mayor abundamiento- este tipo de gastos se presume (en la medidia de su

razonabilidad) pero aquí no estoy hablando del rubro gastos, sino de la ponderación indiciaria de estos gastos (art. 163 inc. 5 CPCC) para saber, con algún grado mayor de aproximación y en un contexto tan confuso, cuales fueron las lesiones provocadas por el hecho.- Pero no tenemos ni siquiera una constancia.- En suma, y frente a este endeble plexo probatorio, solo tengo por comprobada -como vinculada causalmente al hecho- la lesión en la rodilla, de la que también nos habla la pieza de fs. 203, que fuera documentada en dos nosocomios y que incluso se condice con la mecánica del accidente (caída de una moto).- Consecuentemente, ponderando dicha lesión y la persistencia de sus consecuencias (dado el ya referido informe de fs. 203), conjugando ello con las circunstancias particulares de la víctima (sexo masculino, 18 años de edad al momento del hecho, de las condiciones socio económicas que surgen de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos que corren por cuerda -ver fs. 32, 39 -) y acudiendo a la pauta del art. 165 del CPCC (porque aquí no tenemos siquiera porcentual de incapacidad pericialmente informado, dado lo indicado y concluido respecto de la pericial médica) entiendo que el monto resarcitorio fijado en el rubro se perfila elevado y debe reducirse a la suma de \$80.000 (ochenta mil pesos).- b.- Daño y tratamiento psicológico Aquí solo existe recurso de la demandada y citada en garantía, que apuntan al rechazo del rubro y, eventualmente, a su reducción.- Lo primero que deberíamos tener en cuenta, en el punto, es lo antedicho acerca de la perito y su vinculación con la parte actora.- Luego, y a diferencia del ámbito físico, la única prueba aquí del eventual menoscabo psíquico es la pericia.- Pero, además, hay otra cuestión pues, a mi modo de ver, llevan razón la demandada y citada en garantía cuando objetan la forma de realización del dictamen.- Es que, desde mi punto de vista, el perito médico legista carece de competencia para expedirse respecto de la cuestión psicológica.- Dije en tal sentido en la causa nro. 56.406, R.S. 242/09 que "sobre la problemática planteada en el proceso en relación a la agregación de un trabajo pericial de una especialidad -en este caso y por tratarse de un detrimento o rubro indemnizatorio pretendido por daño psicológico-, y de acuerdo a lo ya expresado en cuanto que si se puede admitir como válida la presentación en el proceso de una "pericia psicológica" o "evaluación psicodiagnóstica" presentada por una profesional que no fuera designada legalmente por el Juzgado, siendo adjuntada la misma por una profesional MEDICO LEGISTA quien fuera sí designado para que efectuara una peritación técnica acorde con su profesión o ciencia específica y dentro de sus incumbencias, creo necesario exponer y recordar los siguientes conceptos que sirven indudablemente para fundamentar mis conceptos, decisión y convicción expuesta en otros procesos (ver por ej.: causas nros 55.717, R.S. 523/08, 55.006 R.S. 341/07) en cuanto que no he admitido ni le he dado validez ni eficacia probatoria cuando se ejercen conductas procesales que no se ajustan a lo estatuido por el legislador en las normas del Código Procesal, considerando que debo agregar otros fundamentos para haber opinado de tal manera y ello en atención a la disidencia expuesta por mi colega de Sala Dr. Felipe Augusto Ferrari en la causa nro. 55.898, y los fundamentos expuestos en la misma, y entre otros y en mi opinión los sintetizo de la presente manera: 1) La disciplina del derecho procesal estudia por una parte el conjunto de actos que tienen lugar cuando se somete a la decisión de un tribunal judicial o arbitral la solución de una determinada clase de conflictos suscitada entre dos o más personas llamadas partes, o cuando se requiere la intervención de un tribunal judicial para que constituya, integre o acuerde eficacia a determinada relación o situación jurídica; 2) A tal efecto el legislador ha instituido ciertos principios de derecho procesal que son directivas y orientaciones generales en que se inspira el ordenamiento jurídico procesal, y sólo he de citar algunos de los mismos y que tienen vinculación con la presente cuestión que se plantea en este expediente, y que son: a) el dispositivo, que es aquél en que se confía a las partes la afirmación de los hechos en que se funda su pretensión, y sobre ellos recae la actividad de allegar al proceso las pruebas -que deben ofrecer dichas partes-, el impulso procesal y la delimitación del "thema decidendum".- A ello cabe agregar que, como lo he dicho, las partes tienen la carga de ofrecer las pruebas específicamente relacionadas con los hechos que desean acreditar pues **NO TODA Y / O CUALQUIER PRUEBA ES IDÓNEA PARA DEJAR ACREDITADO UN HECHO.**- Cada medio de prueba tiene asignado en el ordenamiento jurídico una función particular (FENOCHIETTO, Carlos E. - ARAZI, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T 2, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 337) y no puede aplicarse un mecanismo en sustitución de otro sin que alguno de ellos pierda efectividad (GOZAINI, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado, T II, La Ley, 2003, p. 41). Ello es obvio: para algo se estructuran legalmente medios de prueba diferentes. A lo largo del Código Procesal hallamos la recepción de este principio (que jugará, mayormente, a la hora de valorar la prueba -artículo 386 del C.P.C.C.N.-) en el ámbito de los artículos 364 (pertinencia de la prueba) y 378 primer párrafo, sin perder de vista -también- la norma del artículo 397 primer párrafo.- En cuanto a la prueba pericial es la parte quien ofrece los peritos de determinada especialidad (art. 458 C.P.C.C.).- En sintonía con ello indicará Colombo que, en principio, la elección de los medios de prueba es facultad de los litigantes, salvo que la ley exija una prueba determinada o que medie una prohibición expresa; pero sin embargo cuando las partes prescinden de la prueba mas adecuada para la acreditación de ciertos hechos el juez debe valorar con estrictez la que ha sido aportada con esa finalidad (COLOMBO, Carlos J., Código, cit., T III, p. 347). Lúcidamente se indica que si bien las partes son libres en la elección de los medios de prueba de que intenten valerse, asumen las consecuencias de que el medio escogido no sea idóneo para probar el

hecho cuya verificación persiguen. Postulándose que un adecuado servicio de justicia exige no solo que la prueba haya ingresado válidamente, sino también por los medios específicamente previstos por la ley. Y si ello no fuera así, en la medida en que la prueba inespecífica se valore violando las reglas de la sana crítica, fundándose decisivamente en prueba inidónea y en perjuicio de la contraria de aquel sobre quien pesaba la carga de probar, se producirá una violación al debido proceso, perjudicándose la validez de la sentencia en tanto la prueba así ingresada no constituirá un soporte adecuado de la decisión (ESPERANZA DE AQUINO, Silvia - ACOSTA, José V., Prueba inespecífica y debido proceso, LLLitoral 2000-439). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que no es admisible que el medio probatorio idóneo sea sustituido válidamente por otro (Fallos 314:1505).- b) el de preclusión, que es el que ha tenido en cuenta nuestro legislador y que deriva del romano canónico, en el cuál el proceso se encuentra articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuáles deben cumplirse cada acto procesal, y si no se realiza tal actividad procesal en dicho término, se pierde el derecho de realizarse y carece de eficacia por extemporáneo, y c) el de legalidad de las formas, y es el que por el mismo se excluye la posibilidad que las partes convengan requisitos de lugar, forma y tiempo de los actos procesales.- Siguiendo con mi razonamiento, y teniendo en cuenta lo historiado en forma puntual en cuanto a la conducta procesal de las direcciones letradas de las partes y del juzgador que he puntualizado en los párrafos que anteceden, surge con total evidencia que no se puede tener en cuenta ni darle ni darle validez o eficacia jurídica, por un lado a una opinión de una MEDICA LEGISTA que no tiene incumbencias en Licenciatura de Psicología, ni es su profesión ni ciencia específica, como tampoco adjuntar junto con su labor pericial el trabajo de otro profesional que no fue nombrado legal y procesalmente por el Sr. Juez en el proceso, y prueba de ello es que tal actitud o conducta procesal del profesional médico legista implicó reconocer que no le pertenecen las conclusiones sobre daños psicológicos por cuanto no tiene incumbencias en la ciencia o profesión de Licenciatura en Psicología, y pretender con ello suplantar los errores procesales-legales que hemos enunciado, individualizado y puntualizado en los párrafos que anteceden y que fueron efectivizados durante el curso del expediente.- Fuera de ello, es de toda necesidad también poner de resalto lo siguiente y aunque resulte reiterativo: 1) Volver a afirmar rotundamente que no se pueden admitir ni menos darle validez ni eficacia jurídica a opiniones de profesionales que exceden las incumbencias de sus profesiones o ciencias, y en este caso me refiero en cuanto que un MEDICO LEGISTA no puede opinar ni sacar conclusiones sobre materias puestas a exámen en el proceso sobre los cuáles -los hechos que debe tener en cuenta para formar sus conclusiones- exceden sus conocimientos y especialidad científica de su profesión, no se puede suplantar la especialidad de que se trate; 2) Tampoco se puede admitir ni darle validez probatoria a conclusiones contenidas en trabajos de profesionales que no han sido nombrados de acuerdo a las normas estatuidas en el Código Procesal, ya que no está ello autorizado legalmente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, y por lo tanto tampoco tendrá validez legal cualquier trabajo de otra ciencia que se adjunta a una pericia sobre otra materia o profesión científica, y menos que el perito cuya ciencia no posee en su profesión saque conclusiones o exponga las mismas en su escrito o presentación pericial; 3) que si bien un perito MEDICO LEGISTA pueda valorar estudios específicos como peticionar estudios radiológicos o estudios de laboratorios relacionado con su ciencia médica y que es complementaria en tal materia o profesión como ejemplificó el vocal disidente, para poder elaborar sus conclusiones de su ciencia, bajo ningún concepto Y ES INADMISIBLE que se pueda admitir ni afirmar que es lo mismo tal conducta que se encuentra relacionada con su profesión o ciencia, que sacar conclusiones sobre evaluaciones psicodiagnósticas que comprenden técnicas como ser: evaluación de test, entrevistas personales, seguimientos psicológicos, diagnósticos de enfermedades y trastornos mentales, diagnóstico y tratamiento que son indudablemente de incumbencias de la ciencia PSICOLOGICA, pero de ninguna manera tales labores pueden ser ejercidas ni sacarse conclusiones sobre conocimientos de una ciencia que no poseen; 4) Y menos se puede afirmar legal y procesalmente que el MEDICO LEGISTA pueda llegar a sus propias conclusiones sobre opiniones científicas de otras profesiones sobre las cuáles no posee ni conocimiento científico ni incumbencia sobre otras que no son la suya y para la cuál además fuera nombrado, y afirmo ello con todos los fundamentos ya expuestos; 5) conductas procesales como las aquí asumidas incluso insertan procederes anómalos; piénsese solamente en lo que ocurre en el caso de que una de las partes quisiera pedir explicaciones al perito, en cuanto al aspecto psicológico, careciendo el facultativo médico de conocimientos para evacuarlas, con lo cual las explicaciones en realidad deberían requerirse a quien efectivizó el psicodiagnóstico y que no es perito designado en el expediente.- Frente a todo lo expresado, citas legales efectuadas, y análisis argumentados, soy de opinión que no se puede procesal y legalmente dar validez probatoria ni tenerse en cuenta por un lado el contenido de un trabajo efectuado por un profesional no designado por el Juzgado para formar parte del presente proceso y a los efectos de la efectivización de una labor de PERICIA PSICOLÓGICA, repitiendo que no fue designado legalmente en el expediente y por ello no tiene validez jurídica-procesal-probatoria, siendo que si le diéramos validez conculcaríamos totalmente las normas procesales del orden positivo vigente que además el legislador ha tenido en cuenta los principios procesales que he analizado y expuesto en párrafos que anteceden".- Trasladando ello al caso, tenemos que aquí la prueba fue directamente mal ofrecida en el escrito de demanda, porque no se ofreció la pericial psiquiátrica o psicológica; es mas, se

ofrecieron múltiples especialidades (legista, neurólogo, traumatólogo, cirujano plástico) pero no psiquiatra o psicólogo (ver fs. 33/34).- ¿Y qué es lo que sucede? Pues que la pericia la termina efectuando la médica legista (acerca de cuya actuación ya he dicho que carece totalmente de eficacia probatoria) apoyada en un psicodiagnóstico que la parte actora aporta al expediente (ver fs. 213) y que ha sido realizado por una persona no designada como perito.- Consecuentemente, y por las razones ya dadas, las falencias son dobles: todo lo ya dicho en cuanto a la actuación de la Dra. Paludi y la facción del dictamen vinculado con lo psicológico por parte de un perito médico legista.- No estoy perdiendo de vista, para así opinar, la contradicción con los propios actos de las apelantes quienes vienen en Cámara a plantear el tema, pero antes también ofrecieron médico legista (ver fs. 58 y siguientes, especialmente puntos 9.3.37 y siguientes).- La contradicción es grave y evidente, pero en el (complejo y atípico) contexto de estas actuaciones, entiendo que esa circunstancia no amerita asumir una conducta distinta por parte de la Sala.- Consecuentemente, por los fundamentos dados, no estando debidamente acreditado el menoscabo y siendo carga de quien reclama la producción de la prueba eficaz y pertinente (art. 375 del CPCC), propondré que se revoque la sentencia y se desestime el rubro daño y tratamiento psicológico.-

3.- Daño moral Los \$160.000 fijados en la instancia de origen han sido apelados por la actora, como así también por la demandada y su garante; obviamente con fines contrapuestos: la actora para que se lo eleve, la demandada y su garante para que se lo reduzca.- Ingresando al tema debo recordar que he sostenido reiteradamente antes de ahora, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho dañoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas ya especificados por la víctima por el hecho dañoso.- En lo que hace al monto indemnizatorio fijado por tal concepto, cabe recordar que hemos dicho en esta misma Sala (ver entre otras voto de mi autoría: 43.370 R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).- Además, reiteradamente hemos venido señalando que daño psicológico y daño moral son partidas resarcitorias que responden a diversos conceptos, integrando el primero el "daño material" y el segundo el "daño moral", pudiendo bien existir un padecimiento espiritual -dolor- sin verificarse un daño material relacionado con la esfera psíquica del reclamante (causa nro. 44.116 R.S. 621/01, entre otras), distingos que (incluso) se trasladan al régimen probatorio por cuanto el daño psicológico requiere de prueba específica, mientras que el moral -tal lo dicho mas arriba- si la víctima ha sufrido padecimientos físicos se tiene por demostrado in re ipsa.- Por todo ello, por ser notorio y estando autorizado o legitimado para peticionar como lo hace por la norma del art. 1078 del Código Civil, y teniéndose presente el carácter reparatorio y no represivo que para mí tiene este componente del derecho de daños, y de acuerdo con la totalidad de los elementos que hemos analizado, las características del hecho y las lesiones padecidas por el actor (que hemos tenido por demostradas), estimo que la suma fijada se perfila elevada y por ello promoveré su elevación a la de \$45.000 (cuarenta y cinco mil pesos).-

4) Gastos Los \$5000 fijados han merecido objeción de la demandada y citada en garantía.- Es del caso recordar, entonces, que ciertos gastos (honorarios de médicos; traslados; etc.) aunque no se haya demostrado documentadamente su existencia deben ser reparados, pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, carácter de ellas, tratamientos aconsejados, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.- También es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad: "...corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe..." -S.C.B.A., Tº 117, pág. 127- (Conf. Causas de esta Sala Nº 20.745, R.S. 63/88; Nº 24.973 R.S. 165/90; Nº 41.649, R.S. 607/99) y la existencia de tales gastos se admite aún cuando haya intervenido el hospital público (esta Sala en causa Nº 33.001, RSD-295-95).- En tal contexto, se dice en el escrito de iniciación del presente que como consecuencia del accidente se debió realizar gastos de farmacia, como así consultar a médicos de confianza (ver fs. 30) reclamando por el rubro la suma de \$15.000 y sin adjuntar ninguna documentación respaldatoria.- Ante ello cabe preguntarse ¿en qué se habían gastado \$15.000 ( del año 2008!) en el escaso tiempo que fue desde el hecho hasta la iniciación de la demanda? Y sin arrimar ninguna constancia documental al expediente. Frente a ello, teniendo en cuenta la índole de las lesiones que hemos tenido por comprobadas como vinculadas causalmente al hecho, la época de realización de los gastos y la total ausencia de comprobantes, estimo que la suma fijada se perfila excesiva y por ello propondré su reducción a la de \$3.000 (tres mil pesos).-

5. Intereses Aquí también se quejan la demandada y su garante.- Abordando sus cuestionamientos, y sin perder de vista que no lleva razón en cuanto habla de la fecha del hecho de marras y de iniciación de estas actuaciones

(confrontar fs. 35vta. con sus argumentos de fs. 342vta.), con relación a la tasa que se manda aplicar, he de señalar -en primer lugar- que la tasa fijada en el fallo (tasa pasiva mas alta) es aquella indicada por la doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia.- En tal sentido la tasa referida en el fallo es, justamente, la fijada por la Suprema Corte de la Provincia en la causa allí referenciada ("Cabrera") y que, desde esta Sala, es la que hemos aplicado cuando los agravios de las partes no nos limitaron en otro sentido (ver causa nro. 56.382, R.S. 2/17).- Por lo demás, desde esta Sala se ha dicho que no obsta la condena a pagar intereses el hecho de que la fijación de los montos se haga a "valores actuales" (causa nro. 58705 R.S. 299/11).- Cabe recordar también que con fecha 10/8/2016, en la causa C. 116.930, "Padín, Martín Aníbal c. Municipalidad de Olavarría. Daños y perjuicios", la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el contexto de un reclamo por daños a la integridad psicofísica, descartó el planteamiento efectivizado por la demandada en el cual se sostenía que importaba una doble actualización adiconar a la incapacidad psicofísica determinada al momento de la sentencia una tasa bancaria desde la fecha del hecho, señalando -con cita a Llambías- que los intereses moratorios no constituyen un modo de actualización del capital sino que buscan resarcir el daño que al actor ocasiona el incumplimiento del deudor y poseen como causa la privación al dueño del capital que el deudor no tiene derecho a retener, postulando -asimismo- que el interés previsto en el art. 622 del Código civil (derogado) posee un reconocimiento ipso iure como reparación debida por la indisponibilidad del dinero durante el tiempo de mora, que en autos fue establecido a partir del evento dañoso, sin que sea necesaria la demostración del perjuicio sufrido por tal incumplimiento (causa nro. 68189 R.S. 12/17, entre otras).- Por lo demás, y dadas las particularidades del caso, aquí no hemos procedido a la tarifación de los rubros según el sistema del calcul au point, lo que diluye también las objeciones que así se esgrimen.- De este modo, queda en claro la improcedencia de los agravios de la demandada y su garante.- 6. Costas Teniendo en cuenta el resultado de los recursos, la desestimación total de la apelación del actor y el acogimiento, parcial aunque en medida significativa, del recurso de la demandada y su garante, entiendo que las costas de Alzada deberán quedar impuestas en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).- IV.- CONCLUSION Si mi propuesta es compartida se deberá modificar la resolución apelada, reduciendo los montos fijados en concepto de incapacidad física, daño moral y gastos, a los de \$80.000 (ochenta mil pesos), \$45.000 (cuarenta y cinco mil pesos) y \$3.000 (tres mil pesos), revocando el fallo en cuanto admitió el rubro daño psíquico y tratamiento psicológico, el que habrá de desestimarse; y confirmando la sentencia en cuanto a la tasa de interés que fija.- En atención al resultado de los recursos, las costas de Alzada deberán quedar impuestas en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).- Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA** A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor JORDA, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

**SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE MODIFICA** la resolución apelada, reduciendo los montos fijados en concepto de incapacidad física, daño moral y gastos, a los de \$80.000 (ochenta mil pesos), \$45.000 (cuarenta y cinco mil pesos) y \$3.000 (tres mil pesos), **REVOCANDO** la sentencia en cuanto admitió el rubro daño psíquico y tratamiento psicológico, el que **SE DESESTIMA**, **CONFIRMANDO** la sentencia en cuanto a la tasa de interés que fija.- Costas de Alzada, en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).- **SE DIFIERE** la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**-

Correlaciones: Torres Traba, José M.: ?Sobre las facultades procesales de los jueces en materia probatoria ? - ERREPAR - TDP - julio/2018 - Nota al fallo

026920E