

## La Zanja Como Cosa Riesgosa

### JURISPRUDENCIA

### La zanja como cosa riesgosa

En el marco de una acción de

daños y perjuicios derivados de la caída de la actora en una zanja se confirma la sentencia que condenó al municipio, a la empresa de energía eléctrica y a la empresa que realizaba las obras de tendido y mantenimiento de la red eléctrica. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de septiembre de 2019, hallándose reunidos los Señores Vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos caratulados: "Sánchez, Gladys Noemí contra Municipalidad de Presidente Perón y otro sobre daños y perjuicios?", habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo en estudio, la Dra. Silvia Patricia Bermejo dijo: I.- Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la actora, la citada en garantía y los demandados (fs. 449, 451, 452 y 459) contra la sentencia de primera instancia (fs.437/448), el que fundaron (fs. 464/467, 469/475, 477/478 y 479/482). El accionado y la actora contestaron el traslado (fs.484/485 y 487/490) y, a continuación, se llamó autos para sentencia (fs. 492). II.- Los antecedentes del caso. La señora Gladys Noemí Sánchez reclamó la indemnización por los daños y perjuicios que alegó haber sufrido en un accidente ocurrido el 25 de septiembre de 2013, a las 5.35 horas aproximadamente (fs. 37/47). Dijo que, en esa ocasión, salió de su domicilio -sito en la calle Juana Azurduy n° ... de la localidad de Guernica, partido de Presidente Perón, Provincia de Buenos Aires- con el fin de ascender a un remis que la trasladaría a su trabajo. En dichas circunstancias, continúa relatando, antes de lograr aproximarse al vehículo, repentinamente cayó dentro de una profunda excavación quedando tendida en el fondo y sin poder salir por sus propios medios, requiriendo en la emergencia la ayuda de los vecinos y del conductor del remis. Por dicha caída, dijo haber sufrido los daños que son objeto del presente reclamo, imputando la responsabilidad por el hecho dañoso a la Municipalidad de Presidente Perón, a Edesur S.A. y a SIBA-UTE (por ser quienes estaban a cargo de la realización de la obra). Se presentó, por medio de apoderado, Edesur S.A., contestó la demanda negando la existencia del hecho y solicitó la citación de la Municipalidad de Presidente Perón como tercero (fs. 60/74). Contestó el escrito de inicio, también por medio de apoderado, la empresa SIBA-UTE, negando que la accionante hubiera sufrido la caída y exponiendo su versión de los hechos (fs. 76/90). Explicó, en primer término, que la empresa a la cual representa se dedica a la realización obras de tendido y mantenimiento de la red eléctrica para la firma Edesur S.A. En virtud de dicha relación comercial, alegó que le fue otorgada la orden de trabajo n°... y que las tareas comenzaron el día 20 de septiembre de 2013, de 8 a 17 hs., siendo los días laborables de lunes a viernes. La tarea del primer día, explicó que comprende la realización de una "cruzada", que importó atravesar un caño de un lado al otro de la calle, que generalmente se realiza en la ochava, salvo excepciones que no eran del caso. Asimismo, alegó que cumplidas las referidas tareas, los trabajadores dejaron la zona delimitada y en condiciones de seguridad extrema a fin de evitar cualquier tipo de incidentes. Por otro lado y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, dijo que el día 23 de septiembre del 2013, recién a las 8 de la mañana (horario de comienzo de las labores) comenzaron las tareas de zanjeo en la cuadra donde denunció que vive la actora y por ello afirmó que nunca existió en el día señalado en la demanda un pozo frente al domicilio de la accionante y solicitó el recazo de la demanda con expresa imposición de costas. Se presentó en autos SMG Compañía de Seguros y por medio de su representación letrada, reconoció la vigencia del seguro al momento de los hechos y adhirió a la contestación realizada por la demandada (fs. 133/151). Se dispuso el desglose de la presentación hecha por la codemandada Municipalidad de Presidente Perón por extemporánea (fs. 155). Finalmente, la actora afirmó que incurrió en un error material al indicar la fecha de los hechos. Al respecto dijo que los mismos ocurrieron el 25 de septiembre de 2013 y no el 23 de septiembre como se había expuesto en la presentación inicial (fs. 177). Dicha presentación se hizo saber a las partes mediante el proveído del 16 de julio del 2015 (fs. 178), . III.- La sentencia. En la sentencia, se condenó a los demandados a abonar a la señora Sánchez la suma de \$364.500 -haciéndola extensiva a la citada en garantía-, dentro de los diez días de quedar firme el pronunciamiento, con más los intereses que dispuso aplicar desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Las costas las impuso a los vencidos (art. 68 del Código Procesal; fs. 459/469 y vta.). IV.- Ley aplicable. Al igual que lo decidido en primera instancia y que no fue debatido por las partes, la presente acción se analizará desde la perspectiva del Código Civil anterior, por ser la ley aplicable al momento de sucederse el evento por el cual se reclama (arts. 3, CC; 7, CCCN). V.- Los agravios. La parte actora cuestiona por exiguas las partidas indemnizatorias fijadas por daño psicofísico y daño moral. Respecto del primero de los rubros, objeta que la señora juez a quo no haya tenido en cuenta los elevados porcentajes de incapacidad que padece. En cuanto al segundo de los ítems, se queja por considerar que no se tuvo en cuenta, al momento de justipreciarlo, las limitaciones físico motoras, el prolongado periodo de

convalecencia que padeció y como ello afectó su espíritu (fs. 464/467). La codemandada SIBA-UTE se agravia en primer término de la responsabilidad atribuida por el siniestro. A tal fin, señala que la primer sentenciante aceptó la modificación del día del hecho realizada por la parte actora sin tener en cuenta que mediante la documental aportada se probó que la señora Sánchez no tuvo accidente alguno (fs. 469/475). Cuestiona que, luego de haberse dado traslado de la demanda y contestado la misma, se haya aceptado un supuesto error material en la confección de la misma sin tener en cuenta lo dispuesto por los arts. 331 y 365 del Código Procesal. Sin perjuicio de lo expuesto, objeta también la valoración de la prueba. Puntualmente critica la testimonial rendida en autos. Finalmente cuestiona la procedencia y cuantía de los rubros daño físico, tratamiento médico futuro, daño psíquico, tratamiento psicoterapéutico, daño moral y la tasa de interés aplicada al monto de condena. La codemandada Municipalidad de Presidente Perón se agravia de la responsabilidad que se le atribuyera por el accidente. En tal sentido, entiende que la actora no ha probado la existencia del evento, o sea, que hubo una desidia o falta al deber de cuidado que pesa sobre el guardián de la cosa riesgosa, en el caso concreto, la falta de señalización o cobertura del pozo (fs. 477/478 y vta.). La empresa de seguros objeta los montos por los cuales prosperaron los rubros incapacidad física y daño moral. Asimismo, cuestiona la tasa de interés aplicada (fs. 479/482 y vta.).

VI.- Suficiencia del recurso. Con carácter previo, corresponde analizar las manifestaciones vertidas por la codemandada SIBA-UTE con respecto a que los agravios deducidos por la parte actora no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo en crisis (fs. 484/485 y vta.). Debe recordarse que al fundarse la apelación, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga presentes aun frente a la precariedad de la crítica al fallo, directiva que tiende a armonizar esa carga con la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del recurrente (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A-573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513). En ese marco, dado que en la fundamentación cuestionada se ha dado cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que habrá -a mi criterio- de desestimarse la pretensión esgrimida.

VII.- La responsabilidad.- Como se sabe, una cosa inanimada, inerte, puede ocasionar un daño cuando actúa como prolongación de la actividad humana (daño con la cosa) o bien si por su situación anormal provoca una contingencia dañosa (daño por la cosa). En ambos casos serán responsables el dueño o guardián pero serán diferentes las causales de eximición, ya que en el primer caso hay presunción de culpa (art. 1113 segundo párrafo, primera parte) y en el segundo, prescindencia de la culpa, ingresando a la órbita de la responsabilidad objetiva (1113, segundo párrafo, segunda parte). En este último supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, el hecho se produce con un grado de autonomía con relación a la actividad del hombre. Se trata de casos en que la cosa escapa al control humano y basta que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa, sea por su situación anormal o por su circunstanciada ubicación de acuerdo con la causalidad adecuada prevista en el art. 901 del C. Civil (Alterini - Ameal- López Cabana, ¿Cuestiones modernas de responsabilidad civil?, Bs. As., 1988; ¿Derecho de daños?, Bs. As., 1992), (conf. expte. N° 104556/ 00 de esta Sala, entre otros). Lo cierto es que en la denominada responsabilidad objetiva, el actor debe acreditar fehacientemente los presupuestos de hecho y de derecho en que se apoya su pretensión, como indicar a qué objeto le atribuye el carácter de productor del daño, de modo que el Juzgador se encuentre habilitado mediante prueba fehaciente para declarar la viabilidad de la acción, según los diferentes supuestos que la norma consagra (SCBA mayo 29-979, ¿Peralta, Rogelio c/ Frigorífico Swift S.A.). Las recurrentes cuestionan la valoración que de la prueba ha hecho la jueza a-quo a fin de tener por probado el evento denunciado y atribuirle responsabilidad. Corresponde primero decir que, en base a lo normado por el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza de la actora tanto la prueba del hecho, cuanto la relación causal entre el daño y el evento al que alude en su demanda. La carga de la prueba se vincula entonces, en grado estrecho, con la necesidad de convencer al juzgador sobre la existencia del hecho afirmado (CNac.Civ. Sala H, 25/2/99 "Orijiela c/ Lirosi s/ daños y perjuicios). Se trata de una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con las peculiaridades que rodean la situación (conf. Colombo, "Culpa aquiliana?", T° I, N° 56, p. 1.17; Borda, "Obligaciones", T° II, NT 1317, pág. 243). Sentado lo expuesto, corresponde analizar en primer término cuándo y qué tipo de obras se estaban desarrollando en proximidades al domicilio de la parte actora. A tal fin, se cuenta en primer término con la pericia contable producida en autos (fs. 324/326, 331/332 y 349/350). La experta, luego de ir a los domicilios de las accionadas Edesur S.A. y SIBA-UTE, indicó que los libros que le exhibieron son llevados con las formalidades de la ley. Además señaló que de la documentación exhibida surge que SIBA- UTE recibió la orden de trabajo n°4112888 emitida por Edesur S.A. por medio de la cual se le encargó el trabajo de zanjeo, cruzadas, apisonamiento y montajes. Asimismo se adjuntó al informe una grilla en donde se especifican día por día la fecha, la localidad, la calle, la tarea a realizar, el horario de la misma y el número de orden respectiva (fs. 324/326, 331/332 y 349/350, esp. fs. 349 vta. y 350). Por otro lado y de modo coincidente con las conclusiones de la anterior pericia, el perito mecánico designado de oficio señaló que la empresa SIBA-UTE, por orden de trabajo ..., realizó en el lugar del hecho un tendido de cables de media tensión. Las tareas -continúa explicando- consistieron en una operación de cruzada el 20 de

septiembre de 2013, entre las 8 y 17 hs., en la calle 103 entre las arterias 116 y 106. Dicha tarea importó canalizar de un lado al otro de la calle un caño para colocar dentro de él un cable de alimentación eléctrica y tareas de zanqueo los días 23, 24, 25 y 26 del mismo mes y año, que consistieron en abrir pozos denominados "ventanas" de 1,20 de metros de profundidad por 0,60 de ancho y por normas de seguridad toda la zona debe ser protegida en forma rígida por vallas de madera o metálicas de 1,50 metros de ancho. (fs. 402/404, esp. fs. 402 y vta., pto. 2). Además, indicó que de acuerdo a las órdenes de trabajo agregadas en autos, surge que frente al domicilio de en el cual se denunció el siniestro se llevaron adelante operaciones de zanqueo los días 23, 24, 25 y 26 de septiembre de 2013 (fs. 402/403, esp. fs. 403 vta. pto. 4). Por lo expuesto, el experto concluyó que el relato de la actora resulta ser físicamente posible en el supuesto caso que no se hayan cumplido con las normas de seguridad de la obra (fs. 402/404, esp. fs. 402 vta.). Dable es precisar que el dictamen debe valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso. Incluso, al apreciar las experticias, los jueces ejercen facultades propias, no teniendo sus conclusiones eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38915, sent. del 26-IV-1988, "La Ley" 1988-D-100, "Acuerdos y sentencias" 1988-I-720, D.J.B.A. 1988-134, 345; SCBA, Ac 49735, sent. del 26-X-1993; Ac 56166, sent. del 5-VII-1996; Ac. 61475, sent. del 3-III- 1998). Si bien, claro está, para apartarse de ellas debe haber fundamentos serios. En suma, las reglas de la sana crítica indican que para soslayar la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones valederas, son insuficientes para alejarse de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del CPCC; CACiv. y Com. de La Plata, Sala II, causas 109.550, sent. del 22-7-2008; 115.940, sent. del 30- VI-2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 2-VII-2015, RSD 88/2015, entre muchas otras).- Analizadas las características del lugar y de la obra que se realizó allí, corresponde ahora determinar si la señora Sánchez cayó en la zanja abierta y si dicha caída se debió a un incumplimiento en las normas de seguridad en obra por parte de las demandadas. A tal fin se cuenta con las declaraciones de los testigos propuestos por la actora en la demanda. La señora Mónica Beatriz Bravo, quien manifestó conocer a la accionante por ser vecina de ella, dijo que el 25 de septiembre de 2013 a las 5.40 horas se encontraba durmiendo en su habitación, que da a la calle, cuando escuchó gritos de pedido de auxilio. En dichas circunstancias, dijo que llamó a su esposo, salió corriendo hacia la puerta y vio un hombre parado mirando hacia abajo. Cuando se acercó, vio a la actora pidiendo auxilio y tapada con tierra. Luego de preguntarle cómo se sentía, entre el chofer del remis, su marido y ella la ayudaron para que se siente al costado del pozo. También manifestó que faltaba una tabla protectora del "corralito" de seguridad y que las tareas de zanqueo habían comenzado el día anterior cuando rompieron la vereda. Finalmente, declaró que su esposo llevó a la señora Sánchez al médico y a la vuelta le comentó que tenía fracturado el brazo y las costillas (fs. 203/204). El señor Héctor Emilio Galeano, otro de los testigos aportados por la accionante, dijo que ese día, alrededor de las 6 de la mañana, escuchó gritos pidiendo auxilio, encendió la luz y vio un auto detenido al lado de su casa. Cuando salió se dio cuenta que era su vecina y el conductor del remis le dijo que se había caído en el pozo, se acercó para ayudarla y entre ellos dos, junto con su esposa, la incorporaron (fs. 215/216). En cuanto a las testimoniales ofrecidas por las emplazadas, véase que el señor Gabriel Escalante -quien mantiene una relación laboral con la demandada Edesur S.A.- se limitó a decir que en esa dirección no se había zanqueado y que las tareas se realizaron los días 23, 24, 25 y 26 de septiembre del 2013. En cuanto a los hechos, dijo que al tomar conocimiento del accidente le preguntó a un frentista si sabía algo quien le manifestó que desconocía tal situación. Finalmente dijo que al final del día la empresa SIBA-UTE debe dejar la zona vallada, señalizada y limpia (fs. 219/220). Otro de los testigos propuestos por las accionadas, el señor Fernando Gabriel Lopert, quien era dependiente de la empresa SIBA- UTE, reconoció el trabajo que realizaron en esa calle, por recordar que se trataba del tendido de un cable subterráneo de media tensión entre la sub-estación Glew y la localidad de Guernica manifestó que no tuvo conocimiento del accidente y que la tarea de vallado es del capataz de la obra quien, al final del día, debe fiscalizar que este todo en orden (fs. 221 y vta.). El señor Leonardo V. Gerbasi, dependiente de SIBA-UTE, no aportó tampoco mayores precisiones respecto del hecho. Véase que, luego de explicar cómo son las tareas de zanqueo, dijo que recordaba haber hecho el trabajo en la calle del domicilio de la actora pero que no supo bien el día (fs. 218 y vta.). El señor Juan Marcelo Vargas, capataz de la firma SIBA-UTE quien no recuerda bien la fecha, pero que si trabajó en la localidad de Guernica, declaró que no tuvo conocimiento del accidente pero que una vez finalizado los trabajos quedó todo con vallas, rejillas en el pozo y carteles señalizando (fs. 222 y vta.). Cabe destacar que en la apreciación de la prueba testifical el magistrado goza de amplia facultad; admite o rechaza la que a su criterio indique como acreedora de mayor fe o descartando la incongruente o inverosímil, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente (CNCom. Sala B, abril 13-2007, Lexis 1/1022623). Es que se le ha reconocido al magistrado una amplia facultad en la apreciación de la prueba testimonial, pudiendo admitir la que a su justo criterio aparezca como objetivamente verídica o rechazar la que así no considera (CNCiv. Sala H, dic. 20/2002, Lexis 1/5516135; CNCiv. Sala M, octubre 31/1990, Lexis, 2/13100; CNCiv. Sala D, feb.22-2007, Lexis 1/70037544-1). En suma, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, encuentro veraces las declaraciones aportadas por la señora Bravo y el señor Galante, las que valoraré positivamente

ante la ausencia de otros medios probatorios que logren convicción judicial en contrario. En dicho entendimiento, la credibilidad de estos dos testimonios resulta a mi criterio incuestionable, ya que los mismos dieron clara razón de su presencia en el lugar, que han sido precisos al declarar respecto de los hechos en cuestión, los que por otro lado presenciaron. Por otro lado, en lo que respecta a los dichos de los señores Gerbasi, Escalante, Lopert y Vargas, más allá de su condición de dependientes de las accionadas y que sus declaraciones deben analizarse de manera restrictiva, lo cierto es que existen entre ellos imprecisiones y falta de concordancia en las fechas en que se realizaron las obras, a lo que se suma que no aportaron ninguna precisión respecto de si se vallaron o no las perforaciones cercanas al domicilio de la actora. Además, cabe destacar y corrobora los hechos expuestos tanto en la demanda como en las declaraciones de los testigos de la parte actora, la circunstancia acreditada de que el mismo día del accidente la señora Sánchez fue atendida en "Policonsultorios Prosalud", sitios en el barrio San Pablo de la localidad de Guernica, Partido de Presidente Perón, provincia de Buenos Aires, donde le diagnosticaron fractura de la 11° costilla derecha y de brazo derecho. Asimismo le indicaron el tratamiento a seguir y le prescribieron la medicación que debía tomar (fs. 226/230). A esta altura del análisis y en virtud de la prueba producida considero que no hay dudas de que el accidente acaeció el 25 de septiembre del 2013 y que la falta de seguridad en obra que hubo al realizar las perforaciones frente al domicilio de la actora, provocó su caída (arts. 1113, C.C.; 7, C.C.C.N.; 386, 456, 456, 477, C.P.C.C.). En cuanto a la variación de la fecha de los hechos que hizo la accionante luego de corrido el traslado y que la emplazada expone en el memorial de agravios como una modificación de la pretensión inicial y que por ello se estaría obviando lo que dispone los arts. 331 y 365 del Código Procesal, dicha situación, de acuerdo al análisis de la prueba y de lo manifestado en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, no es considerada como tal. Véase en este sentido que, si bien el art. 331 del Código Procesal dice que "el actor podrá modificar la demanda antes de que esta sea notificada", lo que ocurrió en la especie es que únicamente se informó un error material en cuanto a la fecha de los hechos dejando en similares términos los sujetos, el objeto y la causa que constituyeron el eje de la pretensión inicial. Es decir, no puede afirmarse que hubo una modificación de lo peticionado, sino sólo una rectificación de uno de los datos. Al respecto hay que tener presente que habrá modificación o ampliación de la demanda cuando se alteran o varían las identidades de sujetos, objeto o causa. Así, en relación a los sujetos, acontecerá modificación de sujetos cuando se incorporen nuevos a la relación procesal existente o se cambie la situación jurídica de ellos; habrá alteración del objeto cuando se cambie la cosa demandada o la naturaleza del pronunciamiento que se pretende y por último habrá una reformulación de la causa cuando se altere el hecho en el cual se funda la pretensión y las consecuencias jurídicas que de él se solicitan (conf. Fassi Santiago C., Maurino, Alberto L. "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, pags. 157/158 y jurisprudencia allí citada). Por otro lado, no hay que perder de vista que el error material en la confección de la demanda informado por la actora se puso en conocimiento mediante el proveído que hacía saber dicha situación a las partes, quienes guardaron silencio en dicha oportunidad. Por ello, en función del principio de preclusión que tienen los actos procesales, el mismo se encuentra firme y no resulta ser la expresión de agravios contra la sentencia, la etapa procesal oportuna para su cuestionamiento. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que de la compulsión del incidente de beneficios de litigar -que en este acto se tiene a la vista y fue iniciado y sorteado el mismo día que estos obrados- se desprende que en el escrito inicial mediante el cual se solicitaba la franquicia se indicó como fecha del accidente el 25 de septiembre de 2013, cuestión esta que da la pauta de que ese día acontecieron los hechos y que hubo un error material al señalarlo en la demanda en estos obrados, como así lo manifestó la accionante (conf. fs. 4 y vta. del expte. 57768/14).- En consecuencia, propongo al Acuerdo confirmar la condena contra SIBA-UTE S.A., Edesur S.A. y Municipalidad de Presidente Perón, haciéndola extensiva a "SMG Cía. Argentina de Seguros SA". VIII.- La indemnización.- a) Daño psicofísico.- En la instancia de grado se reconoció por este rubro la suma de \$200.000. La actora cuestiona el monto reconocido por entender que no guarda relación con la magnitud del daño que padeció y su proyección sobre su vida futura. La demandada SIBA-UTE y la citada en garantía consideran que el grado de incapacidad que padeció la víctima fue transitorio y por ello objetan el monto fijado por improcedente y excesivamente elevado. En el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que incide en las posibilidades laborales y en tanto generan una restricción de la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente. Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el daño ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (Cám. Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, "Arregui, Selva Maisa c/ Almendras, Alba Jose Pepe s/ Ds. y Ps., causa n° 120788). Respecto al daño psíquico, el artículo 1068 del Código Civil al referirse a "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", indirectamente por mal hecho a las "facultades" de la persona, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal entre ellos al denominado daño psicológico (SCBA, opinión personal del señor Juez doctor Pettigiani, causa C 58505, sent. del 28-IV-1998 y en C 90471, sent. del 24-V-2006), ello siempre está sujeto a que se reconozca su existencia pues, caso contrario, se

produciría un enriquecimiento injustificado en el patrimonio del actor (Cám. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, causas 107.513 del 18-5-2010, RSD-667/2010; 111.799). A fin de valorar el quantum indemnizatorio reconocido por este daño, se cuenta con las conclusiones del perito designado de oficio en autos, quien luego de analizar las constancias médicas y realizar los exámenes físicos, concluyó que como consecuencia del accidente la señora Sánchez padeció politraumatismos, con traumatismo cervical, fractura costal y del hombro derecho, quedando como secuelas una cervicobraquialgia crónica con alteración del electromiograma y una omalgia por tendinitis y desgarro del manguito rotador. Además, señaló que el accidente produjo en la actora una incapacidad total y transitoria de 45 días. Por todo lo expuesto, el galeno concluyó que como consecuencia de las lesiones sufridas en el siniestro padece una incapacidad parcial y permanente del 14,5% (fs. 280/283, 298, esp. fs. 283; arts. 386, 477, CPCC). En este punto del análisis se desprende que, contrariamente a lo sostenido por las emplazadas recurrentes, la incapacidad transitoria a la que se refirió el perito en el informe se correspondía al lapso de tiempo en que la demandante estuvo convaleciente y no a la incapacidad parcial y permanente informada en el mismo peritaje. Sentado lo expuesto y por otro lado, en el aspecto psíquico, la licenciada designada de oficio en autos luego de realizar las entrevistas y test pertinentes, concluyó que como consecuencia del siniestro la emplazante padece un trastorno por estrés post traumático que le genera una incapacidad del 20% que se manifiesta en un estado anímico que es variable y en la generación de traumas por los miedos generados ante la obsesión por el accidente (fs. 245/252, fs. 279 esp. fs. 251 y vta. y fs. 279). Valoraré positivamente a la luz de la sana critica los términos de ambos peritajes por no encontrar en autos, ni en las impugnaciones intentadas, elementos que posean la entidad suficiente como para apartarme de las conclusiones arribadas por los expertos en el ámbito de sus conocimientos específicos (arts. 386 y 477 del Código Procesal). En consecuencia, valorando los términos de los peritajes, las circunstancias personales de Gladys Noemí Sánchez, quien contaba con 53 años de edad a la fecha del accidente, empleada y teniendo en cuenta las incapacidades que padece, es que postulo al acuerdo incrementar la suma reconocida por incapacidad psicofísica a la cantidad de pesos un millón quinientos ochenta mil (\$ 1.580.000; 1746, CCCN; 165, 386, 477 CPCC).- b) Gastos de tratamiento psicoterapéutico y kinesiológico. La señora Juez a quo reconoció por estos ítems las sumas de \$50.000 y \$4.500 respectivamente. La demandada cuestiona los montos y la procedencia del rubro tratamiento psicológico por entender que se estaría incurriendo en una doble indemnización por un mismo punto, al haberse fijado un monto por incapacidad psicofísica. Esta Sala en reiteradas oportunidades se ha expedido en el sentido de que "no existe incompatibilidad entre los gastos de tratamiento psicológico futuro y la inclusión del daño psíquico como integrante de la incapacidad. Este último responde a la incapacidad ya ponderada y el tratamiento sugerido no asegura que se superará la incapacidad psíquica. (conf. "Medina Hilda Azucena c/ Empresa de Transporte Automotor Plaza S.A s/ daños y perjuicios" Libre 462.468; 6/06/07; "Piaggio, Eduardo c/ Consorcio de Propietarios 25 de Mayo s/ Daños y Perjuicios"), El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico ya que se trata de indemnizar diferentes daños. El tratamiento psicológico apunta a evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso, a mejorar sus síntomas, pero resultando del hecho dañoso una incapacidad permanente, no puede asegurarse su recuperación total (conf. esta Sala Disalvo, Carlos Alfredo c/Martínez Gonzalo, Hernán y otros s/ daños y perjuicios, libre n° 455.522). Sentado lo expuesto a fin de valorar el presente rubro se cuenta con las conclusiones a las que arribó la perito psicóloga en autos quien luego de entrevistar a la actora concluyó que a fin de aliviar la sintomatología resultaría significativo la iniciación de un tratamiento de dos años de duración con una frecuencia semanal a un costo de \$500 por sesión (conf. fs., 245/252, 279, esp. 251). Respecto del tratamiento kinesiológico, el perito médico determinó su necesidad a fin de mejorar la sintomatología y estimó el costo para 30 sesiones en la suma de \$4.500 (conf. fs. 280/283, 298, esp. 283). Por lo expuesto, valorando los términos de los peritajes conforme las reglas de la sana critica (art. 386 CPCC), teniendo en cuenta que la duración y frecuencia del tratamiento psicoterapéutico importaría la erogación de \$500 por sesión para solventar 104 sesiones, lo que arroja un costo total de \$52.000 y por el principio de la prohibición de la reformatio in peius -por la cual no puede empeorarse la situación de los recurrentes-, postulo confirmar los montos establecidos en la sentencia en crisis (arts. 165, 386, 477 CPCC). c) Daño moral. La señora juez de grado otorgó la suma de \$100.000 por este concepto. La parte actora se agravia solicitando su incremento por entender que el monto fijado no guarda relación con los reales padecimientos padecidos. Las accionadas dirigen su cuestionamiento hacia lo desmedida que resulta a su criterio tal justipreciación. En tal sentido sostienen que, si bien este rubro no requiere prueba específica, no se ha demostrado la lesión a los sentimientos y/o afecciones legítimas de la actora. Cabe consignar que se define al daño moral como la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Matilde Zabala de González, "Daños a las personas", T. 2°, pág. 49). Como se ha dicho, el reconocimiento y resarcimiento de este tipo de detrimento depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de su existencia como es este caso en el cual la víctima ha padecido lesiones, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y es al

responsable del evento dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (S.C.B.A., Ac. 41.539, sent. del 21-XI-1989, publicado en D.J.B.A. 1990-138, 15, en "Acuerdos y Sentencias" 1989-IV-219; Ac. 55.648, sent. del 14-VI-1996; Ac. 56.328, sent. del 5-VIII-1997, publicado en "El Derecho" 182-134, "Acuerdos y Sentencias" 1997-IV-9; Ac. 59.834, sent. del 12-V-1998; Ac. 64.247, sent. del 2-III-1999, "Acuerdos y Sentencias" 1999-I-360; Ac. 82.369, sent. del 23-IV-2003). Aprecio que las características del suceso protagonizado por la señora Sánchez, las cuales repercutieron en su faz psicofísica, han alterado su ánimo y tranquilidad espiritual configura un detrimento que debe ser subsanado bajo este concepto. En definitiva, en vista a la incidencia en el ánimo por las lesiones sufridas, propicio incrementar el monto establecido en la sentencia en crisis a la de pesos trescientos noventa mil (\$390.000; arts. 165, 377, 386, 477, CPCC). IX.- Tasa de interés. La jueza a quo fijó la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento en que se produjo el perjuicio (25/09/2013) y hasta el efectivo pago. Los accionados consideran que dicha tasa configura un enriquecimiento indebido a favor de la actora y requieren que se aplique un interés del 6% desde el hecho hasta el pago o de la sentencia de primera instancia y/o en su defecto la tasa de interés pasiva, en razón de que los montos sentenciados son deudas de valor y han sido valorados a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia. La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo). Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C. Civil). Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable. Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación). En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda. Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad. Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente. Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento. No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de "Samudio", es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado. Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal. Por las razones brindadas, propongo al acuerdo confirmar el decisorio recurrido en cuanto fija la tasa activa cartera general (préstamos)

nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario ?Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. s/ daños y perjuicios?), desde la fecha del hecho (25/9/2013) hasta su efectivo pago. X- Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al acuerdo: 1) incrementar los montos reconocidos por incapacidad psicofísica y daño moral a las sumas de \$1.580.000 y \$390.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 3) Costas de Alzada a cargo del accionado en su condición de vencido (art. 68 del Código Procesal). Buenos Aires, 10 de septiembre de 2019. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribuna decide: 1) incrementar los montos reconocidos por incapacidad psicofísica y daño moral a las sumas de \$1.580.000 y \$390.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 3) Costas de Alzada a cargo del accionado en su condición de vencido (art. 68 del Código Procesal). Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del Código Procesal). Se deja constancia que la difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase. FDO. SILVIA P. BERMEJO - OSVALDO O. ALVAREZ - OSCAR J. AMEAL - ES COPIA- JULIO M.A. RAMOS VARDÉ (SEC).- 044477E