

En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 22 días del mes de Septiembre de 2015, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Doctores Felipe Augusto Ferrari y Liliana Graciela Ludueña, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "B. S. B. A. Y OTRO C/ L. A. J. I. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" C12-53797, se deja constancia de que habiéndose practicado en su momento el sorteo pertinente -art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: FERRARI - GALLO; haciéndose constar que, ante la licencia del Dr. José Luis Gallo, la Sala quedó integrada con el Dr. Ferrari y la Dra. Ludueña, en su carácter de Presidente de la Excelentísima Cámara, en los términos del art. 36 de la Ley 5827 y 11 inc. i) punto III del Reglamento Interno del Tribunal (dado el lapso de la ausencia temporaria del Dr. Gallo). Consecuentemente, se incorpora la Dra. Ludueña en segundo término de estudio y votación; con lo cual, y estudiado el expediente por los magistrados votantes (art. 265 CPCC), el mismo es traído al Acuerdo resolviéndose plantear la siguiente

CUESTIONES

- 1º ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?
2º ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA DE LAS CUESTIONES PROPUESTAS EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FERRARI, dijo:

I. ANTECEDENTES

1) A fs. 517/526 la Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 12 Departamental dicta sentencia condenando a J. I. L. A. y P. F. L. S. a abonar a D. B. M. la suma de \$ 115.000 y a N. M. M. la de \$ 29.000 en ambos casos con los accesorios de gastos y costas; hizo extensiva la condena a la aseguradora PARANA S.A.de SEGUROS. Los alzamientos apelatorios contra dicha sentencia convocan a esta Sala II de la Alzada Departamental.

2) Apelan las partes:

a. La actora a fs. 533, el recurso se le concede libremente a fs. 534 y se mantiene a través de la expresión de agravios de fs. 542/547 replicada a fs. 569/570.

b. La aseguradora a fs. 531, se le concede, en forma libre, a fs. 534, se sustenta con los argumentos expuestos a fs. 553/556, contestados a fs 562/566.

3) Agravios de las partes:

a. De la parte actora: los montos condenados que considera exiguos y la aplicación de la tasa de interés pasiva.

b. De la Aseguradora: la atribución de responsabilidad y el acogimiento y cuantificación de las indemnizaciones que considera exageradas.

4) Cumplimentados en la instancia los recaudos formales del caso y firme el llamado de "autos", se

procede al sorteo del orden de votación a resultas del cual debo liderar el Acuerdo.

II. ASPECTOS FACTICOS

1) Demandan los progenitores de N. M. y D. B. M. a J. I. L. A. y P. F. L. S.; aquel como conductor del móvil que embistió a las menores; este como titular registral y de la póliza emitida por la Aseguradora quién también es citada juicio.

Sostienen que las menores fueron embestidas por el vehículo del demandado cuando cruzaban por la senda peatonal, ubicada en Pringles y El Salvador, Itzaingó; atribuyen la total responsabilidad del evento dañoso al accionado, a resultas del hecho reclaman diversos aspectos del rubro daño material; impetran también el resarcimiento del rubro daño moral.

2) Traídos a juicio contestan la demanda los accionados y la aseguradora quien acepta su condición de tal.

Reconocen la existencia del hecho pero sostienen que el mismo se produjo por cuanto las menores cruzaron imprevista e imprudentemente la encrucijada; derivan la total responsabilidad a la madre de las víctimas por cuanto no cumplió el deber de vigilancia, cuidado y control que incumbe a los padres sobre sus hijos menores.

Agregan que el conductor del automóvil circulaba a escasa velocidad por cuanto en su marcha había varios "lomos de burro".

Niegan todo el reclamo actoril y solicitan el rechazo de la demanda.

En tales términos quedo trabada la litis.

III. LA SENTENCIA

Decide la exclusiva responsabilidad de los demandados y su seguro condenando a los mismos al pago de las indemnizaciones impetradas.

Tenemos así que:

1) Cuanto a la responsabilidad me remito a lo dicho supra.

Fundamento: reconocido el hecho lo subsume en la teoría objetiva del riesgo creado, de responsabilidad sin culpa, establecida por el art. 1113 del CCA en la reforma de la Ley 17711; resalta la inexistencia de pruebas exculpatorias por parte de los demandados.

2) Asigna la suma de \$ 60.000 a D. B. M. por incapacidad física parcial y permanente derivada del daño estético sufrido; \$ 7000 otorga a N. M. M. por incapacidad transitoria.

Fundamento: la pericia de fs. 318/322 y explicaciones de fs. 350/351 a las cuales acuerda pleno valor probatorio.-

3) Indemniza la incapacidad psíquica de D. B. M. y los gastos de tratamiento con \$ 15.000 y \$ 7.000 respectivamente y en cuanto a N. M. M. los fija en \$ 10.000 y \$ 7.000.

Fundamento: la pericial de fs. 432/435.

4) Fija los gastos terapéuticos de farmacia y asistencia médica para D. B. M. en la suma de \$ 3.000 y para N. M. M. en \$ 1.000.

Fundamento: son gastos notorios que no necesitan prueba especifica; cita los arts. 165 del CPCC y 1083 del CCA.

5) El daño moral lo indemniza con la suma de \$ 30.000 para D. B. M. y \$ 4.000 para N. M. M. Fundamento: es un rubro "in re ipsa" y las circunstancias del hecho justifican tal indemnización.

6) Previo a ingresar en el tratamiento de las quejas contra la relacionada sentencia, analizo las respectivas expresiones de agravios y formo convicción en el sentido que las mismas se ajustan a la normativa del art. 260 de la ley de forma en tanto enuncian con carácter autónomo y concreto los eventuales errores "in iudicando" que ameritarían la revocación postulada; ello sin perjuicio de dinamizar la sanción de deserción del art. 261 cuando dicha crítica inexistiera.

IV.

LOS

AGRAVIOS

Por elementales razones metodológicas comenzaré con el abordaje del agravio relacionado con la responsabilidad esgrimido por la Aseguradora.

LA

RESPONSABILIDAD

1) En primer lugar, y antes de cualquier análisis respecto de los recursos interpuestos, es necesario efectuar una precisión acerca del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación al presente para el juzgamiento de la atribución de responsabilidad. Sabemos que, desde el pasado 1 de Agosto de 2015 (cfe. art. 7 Ley 26994, modif. por Ley 27077), se encuentra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), habiéndose derogado -asimismo- el ordenamiento de fondo anterior (art. 4 ley cit.). Con lo cual, lo primero que ha de determinarse es cual resulta ser la preceptiva en la que deberemos apoyarnos para resolver la cuestión. Inicialmente, es del caso señalar que el art. 7 del nuevo Código determina (con una redacción que -en lo que interesa al presente- es casi idéntica a la del art. 3 del ordenamiento derogado) que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

La aplicación inmediata de la ley es el principio consagrado en la primera cláusula del artículo, en función del cual las leyes se aplican a las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de la vigencia de la ley y a las consecuencias que se produzcan en el futuro de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes al momento de vigencia de la ley. Señalando la doctrina que en estos casos no hay retroactividad ya que la nueva ley solo afecta a las consecuencias que se produzcan en el futuro (cfe. FERREIRA RUBIO, Delia M., en AA.VV. Código Civil Comentado, BUERES, Alberto (dir.) -HIGHTON, Elena (coord), T 1, ps. 10/11). Ahora bien, a la luz de lo expuesto cabe determinar si casos como el presente (accidente de tránsito, en el que la atribución de responsabilidad se juzgó a la luz de las previsiones del Código Civil -concretamente art. 1.113-) deben resolverse con apoyatura en tal normativa o si deviene de aplicación la nueva preceptiva del Código Civil y Comercial de la Nación (aunque, en realidad, el

distingo carecería de demasiada trascendencia práctica en tanto la solución que arrojaría la aplicación de los arts. 1723, 1726, 1757, 1769 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación no parece diferir de la que arrojaría la aplicación del art. 1113 en cuestión). Con todo, desde que la determinación de cual es la preceptiva aplicable resulta esencial en la sentencia (arts. 171 Const. Pcial., 34, 163 CPCC) y en tal sentido la jurisdicción debe explicitar suficientemente los motivos y fundamentos de su decisión, es que juzgo imprescindible esta aclaración previa.

Y ya dando una respuesta al tema, estimo que -para el juzgamiento de la responsabilidad- debemos apoyarnos en la normativa vigente al momento de acaecer los hechos (Cód. Civ., según Ley 340 y sus modificatorias). Coincido, en tal sentido, con lo sostenido por autorizadísima doctrina; dijo la Dra. Kemmelmajer de Carlucci (integrante incluso de la Comisión Redactora del Proyecto que terminó sancionándose como nuevo ordenamiento) que "si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente)" (Kemmelmajer de Carlucci, Aída, El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, LL 2015-B, 1146). Coincido totalmente con tal postulación, y con los demás conceptos delineados en dicho artículo: lo dirimente no es la normativa que haya aplicado el juez de primera instancia, sino la que corresponde aplicar de acuerdo al régimen vigente al momento de tener que dictar nuestra resolución.

En otra obra de su autoría, y con cita de Roubier, la encumbrada jurista es categórica: la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni Editores, ps. 100/101), evocando múltiples precedentes judiciales en el mismo sentido. Es incluso, y como bien lo recuerda la autora, la posición que ha adoptado -en algún caso- la cimera jurisdicción local (Sup. Corte Bs. As., 2/3/2011, ca. C 107.423, publ. en Cuadernos de Doctrina Legal, nro. III, ps. 19 y sigtes.), donde el tribunal señalaba -memorando incluso sus precedentes anteriores- que "el art. 3 del Código Civil establece que las leyes valen a partir de su entrada en vigencia aún para las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra el principio de la aplicación inmediata de la legislación nueva que rige para los hechos que están en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Empero la misma no resulta aplicable respecto de hechos consumados con anterioridad a su vigencia" (el resaltado me pertenece).

Y aquí, insisto, se da esta circunstancia. Con lo cual, estimo que el juzgamiento de la responsabilidad deberá efectuarse con apoyatura en

las normas del Código Civil vigente al momento de acaecer los hechos. Tesitura, incluso, que me parece la mas razonable y acorde al resguardo del derecho de defensa de las partes: es que si todo el procedimiento se llevó a cabo partiendo de la base de que los hechos estaban regidos por determinado ordenamiento, orientándose en tal sentido la actuación procedimental (esencialmente: alegación y prueba) el cambio del ordenamiento jurídico aplicable para decidir no es solo cuestión que incumba al ejercicio del iura novit curia (al momento de sentenciar) sino también a lo que pudieran haber actuado las partes a lo largo del trámite; luego, al entrar en juego un ordenamiento que no era el vigente en los albores del proceso, el surgimiento de nuevos argumentos y, especialmente, la posible relevancia de otros hechos y circunstancias fácticas (que difícilmente puedan ya acreditarse, pues la etapa de ofrecimiento ya habrá transcurrido) podrían llegar a menoscabar, en ciertos casos, el ejercicio de aquel derecho. Empero, como aquí eso no sucede (por las razones ya dadas), no caben mayores reflexiones sobre el particular.

Con ello expuesto, y aclarada tal cuestión, bien decide la sentencia apelada que el hecho que motiva la litis está atrapado por la normativa del art. 1113, del CCA en la reforma de la Ley 17711; la aludida reforma recepto la teoría objetiva del riesgo creado, de responsabilidad sin culpa, estableciendo una presunción "iuris tantum" en función de la cual el dueño o guardián es responsable, salvo que acredite la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

2) El carácter tuitivo de la teoría objetiva deviene indudable; apunta a privilegiar la reparación de los daños sufridos por la víctima; ello hace que la prueba exculpatoria del dueño o guardián deba ser terminante, asertiva, indudable y de interpretación restrictiva (esta Sala en causas 56646 RS 508/09; 38180 RS 115/09; 57398 RS 97/10 entre otras); una complaciente evaluación de dicha prueba aniquilaría la norma.

3) La alegación de la Aseguradora para agravarse por la atribución de responsabilidad que contiene la sentencia está relacionada con la violación de la obligación "in vigilando" por parte de la progenitora de las menores víctimas por cuando estas fueron colisionadas cuando cruzaron solas el lugar del hecho.

Tal imposición a los padres surge del entramado de las normas contenidas en los arts. 264, 265, 1114 y cc del CCA en la reforma de la Ley 23264 que establecen todo lo relativo a las obligaciones y derechos que dimanen de la patria potestad.

4) Las normas jurídicas no deben aplicarse en compartimentos estancos sino relacionándolas entre ellas; en el específico caso del art. 1113 del CCA más allá de la obligación "in vigilando" lo que se debe examinar es si el dueño o guardián demostró que su conducta no provocó el accidente o sea si demostró con las características relacionadas supra 2) no ser responsable del hecho; estimo no lo logró: el único argumento vertido en la expresión de agravios de fs. 553 y sgtes. está relacionado con aquella culpa in vigilando.

También es de recordar la teoría del "peatón distraído", acertadamente citada por la "a quo", que hace que el conductor de un móvil deba estar atento ante su eventual aparición (esta Sala en

causa

47.288,

R.S.

413/03).

A fs. 267 de las actuaciones declara el testigo L. G. T.; no está comprendido en las generales de la ley, conoció a las partes el día del hecho, fue testigo presencial del accidente pues estaba detenido en la esquina de Pringles y El Salvador; da concreta razón de su dicho; confecciona un croquis del accidente; ello así le confiero pleno valor probatorio (arts. 384 y cc. del CPCC); con su declaración tengo por acreditado que al ser colisionada por el demandado una de las menores "salió despedida" lo cual da cuenta de la violencia del impacto; estima la velocidad del vehículo colisionante en 60 Kms.; hay un lomo de burro a "dos metros de la esquina"; la camioneta "venía rápido"; con respecto al croquis (fs. 268) del mismo surge que las menores estaban prácticamente terminando de cruzar; colofón: si había lomos de burro y si las menores estaban terminando el cruce resulta evidente la imprudencia del demandado relacionada a la forma como embiste a las menores; se colige que si su obrar hubiera sido prudente las tendría que haber visto sobre todo teniendo en cuenta la existencia de los reductores de velocidad. Finalmente la causa penal acollarada tiene la importancia de haber recogido elementos de prueba coetáneos al hecho; de la misma surge que inmediatamente después del accidente el conductor del móvil dice haber frenado (fs. 1 vta.); que la instrucción policial informa que la calle Pringles "en horas del día resulta poseer un fluido tránsito vehicular" y que "no se observan marcas de frenado de neumáticos"; de la pericia de fs. 29 vta. surge que el móvil embistente "presenta hundimiento de afuera hacia adentro debido al golpe producido por algún objeto contundente, asimismo presenta rotura de optica delantera izquierda la cual resulta ser de acrílico y desprendimiento de bagueta del bajo faro... que el sistema de frenos funciona correctamente..."; de todo ello se deduce que la afirmación del demandado que dice "haber frenado" no se compadece con la realidad: no hay marca alguna del supuesto frenado, los frenos funcionaban bien y los golpes fueron de notoria importancia; y a este respecto aduno las graves lesiones sufridas por D. B. M.: si el demandado hubiera "frenado" las lesiones no hubieran sido de aquella entidad. La Sala que integro estableció en la causa 49.570 R.S.759/04 (voto del recordado Dr. Calosso, al cual adherimos el Infrascripto y mi actual Colega de integración Dr. Gallo que "La culpa in vigilando no significa la permanente mirada del padre sobre el hijo, sino la formación de hábitos para evitar ser partícipe del accidente. En cualquier caso la prueba está a cargo de quien invoca (art. 1117 Cód. Civil). La vigilancia activa no debe entenderse de modo absoluto."; en la causa 58.378,R.S.95/11 voto del Dr. Gallo que con la adhesión del Infrascripto conformo sentencia dijimos que "Así entonces, desde que no viene acreditado en modo alguno que el niño hubiera incurrido en un proceder inadecuado al cruzar la calle tengo para mi que, por su sola condición de menor de edad, no podemos presumir la culpa in vigilando de los padres, como para eximir (siquiera parcialmente) de responsabilidad a quien lo embistió (cfe. esta Sala en causa nro. 49.570 R.S. 759/04)".

Colofón: he formado convicción en el sentido que la exclusiva responsabilidad en el evento dañoso se encuentra en cabeza del demandado; la terminante norma del art. 1113 del CCA no puede ser

desplazada por la alegación de culpa "in vigilando" de los padres de las menores; considero que tal alegación es un esfuerzo de la aseguradora para sortear su responsabilidad a través de normas que considero totalmente inaplicables al caso de autos; y si bien quien esta votando no alberga duda alguna sobre el tema, vienen a cuento las enseñanzas de Eduardo Coutoure en tanto pregonaba "lucha por el Derecho, pero si el Derecho se opone a la Justicia, lucha por la Justicia".

LOS

MONTOS

RESARCITORIOS

En cuanto a los montos resarcitorios, sería necesario analizar -antes que nada- si resultan de aplicación las reglas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y 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 regirán 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.

Sentado ello, puedo proseguir con el tratamiento de las quejas.

INCAPACIDAD

FISICA

SOBREVINIENTE.

- 1) Los importes que fija la sentencia agravian a ambas partes: para las actoras es reducido; para la aseguradora exagerado.
- 2) Mediante su indemnización se apunta a reparar la minusvalía física, tangible y material de la víctima, como persona productora de bienes y servicios (esta Sala en causas 52.902, R.S.343/06; 55.180 RS.I.24/10).
- 3) Para su dimensionamiento la SCJBA tiene dicho que "los Jueces deben individualizar y ponderar

los elementos de juicio que sirven de base a su desición... la fijación del resarcimiento por daños y perjuicios debe ser determinada en base a elementos objetivos que resulten de la causa, proporcionando los datos necesarios para que puedan ser reconstruidas las operaciones aritméticas que a tal fin se efectúen (Causas Schmidt, L 94556 del 10/IV/2010; Acosta, L 32113 del 7/VII/ 1985;Busto, L 41087 del 14/III/1989; Migliore, L 55802 del 14/XI/1995).

4) En función de lo dicho la Sala utiliza para dimensionar la incapacidad física, de antaño y hogaño, el método conocido como "calcul au point"(causas 33945, R,S 192/95; 37512, R.S. 302/97; 43.263, R.S. 194/01;C-6 49861).

Y en tal orden de razonamientos el calcul au point consiste en asignar a cada punto porcentual de incapacidad física informado por la pericia un determinado valor dinerario; no implica atarse fatalmente a tal cálculo sino, lo reitero, partir de una base objetiva y adecuarla a las diferentes circunstancias de cada caso que se plantea.

En la actualidad el valor referencial dinerario por punto de incapacidad se elevó en el mes de Febrero de 2012 a la suma de \$ 5000 (voto de mi autoría con la adhesión del Colega Dr. José Luis Gallo, autos "Colabella, Marina Aurelia c/Baldini Sandra Patricia y otros s/daños y perjuicios" sentencia del 28 de Febrero de 2012, causa 66412, R.S. 22/12).

El tiempo transcurrido desde la fijación de tal valor referencial, las indudables mutaciones socio-económicas habidas en aquel lapso temporal y la preservación del recordado principio de reparación integral hizo que, en uso de facultades privativas del Tribunal, se aumentara dicho valor referencial en \$7.000 (causa 49861, R.S. 60/14).

A través del tiempo, el valor dinerario del punto de incapacidad fue reconsiderado por la Sala y en la actualidad es de \$ 7000; ello obedeció a las innegables mutaciones económicas que se fueron produciendo.

En función de lo expuesto estimo que el valor referencial aludido debería elevarse, hoy en día, a la suma de 9.000.

Resalto que el sucesivo aumento del valor dinerario del punto de incapacidad de ninguna manera enfrenta la preceptiva que veda la actualización o indexación dineraria (art. 4 Ley 25561); y ello por cuanto la actualización de marras, desde la fecha del hecho, cualquiera fuera el índice que se tomara, superaría el "quantum" con base inicial en el "calcul au point"; de lo que aquí se trata no es de indexar sino de tornar operativo el principio de "reparación integral" ínsito en el art. 1083 del CCA en la reforma de la Ley 17711 y de fijar los montos resarcitorios en una expresión monetaria lo mas próxima posible al momento del dictado de la sentencia cuando está en juego ni mas ni menos que la integridad psicofísica de una persona.

5) Prueba por excelencia para determinar la incapacidad física sobreviniente y su gravedad es la pericial pues allega al Juez conocimientos de los cuales aquel como jurista por lo general no conoce (art. 457 del ritual); también son de tener en cuenta las constancias de la Historia Clínica de la víctima.

6) a. La sentencia indemniza la incapacidad física sobreviviente de D. B. M. con la suma de \$

60.000 para lo cual se basa en la pericial de 318/322 y 350/351 a las cuales le acuerda pleno valor probatorio; coincido con tal evaluación; la experticia se encuentra debidamente fundada y sus explicaciones son coherentes con el informe inicial; ergo: no tengo razones objetivas para apartarme de sus conclusiones; la pericia arroja una discapacidad física parcial y permanente del 10 %; obiter dicta lo expuesto por el perito se ve ratificado por las constancias de la Historia Clínica.

De dicho informe pericial surge que la menor sufrió traumatismo encéfalo craneano; traumatismos en el rostro, hombro derecho, muñeca izquierda y tobillo derecho; lesiones en la pierna derecha todo lo cual requirió 21 días de internación; presenta cicatriz visible en la pierna derecha con una longitud de 10 cms y en algunos sectores de 5 cms. de ancho; otra cicatriz en la parte interna de la rodilla derecha; permaneció internada 21 días en el Hospital Posadas con reposo absoluto; el reposo relativo, limitante de actividades físicas oscilaría entre 45 y 60 días. Y ya en la faena de cuantificar dicha incapacidad, en base al aludido menoscabo, conjugado con las circunstancias personales de la víctima, propongo al Acuerdo que el monto fijado se eleve a la suma de \$ 100.000.

He evaluado para ello las siguientes circunstancias: la edad de la menor que a la fecha del hecho tenía cinco años y siete meses (partida de fs. 15), el carácter permanente de su incapacidad que la acompañara en toda su vida útil; su sexo femenino; el lugar de su físico donde se produjeron las lesiones (miembro inferior derecho); el origen estético de su minusvalía y las condiciones socio económicas que surgen de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos. Lo dicho conlleva al rechazo del recurso de la aseguradora, que transita al borde de la deserción; contrariamente a lo sostenido por la garante la existencia y gravedad de las lesiones surgen con prístina claridad del informe pericial preanalizado; e implica el acogimiento parcial del recurso de la actora.

Y digo parcial por cuanto existen agravios de la actora que, bien no merecen acogida o bien son materia de otros aspectos del Derecho de Daños. No merece acogida el agravio relacionado con una futura intervención quirúrgica pues, contrariamente a lo sostenido por la actora el perito no afirmó la necesidad de una futura operación; de lo dictaminado a fs. 322 párrafo tercero surge que las lesiones estéticas tienen un pronóstico favorable y solo de futuro debería considerarse la posibilidad de una operación; mal podemos receptor una indemnización en las aludidas circunstancias; tampoco merece acogida la pretensión que otorguemos separadamente indemnización por "daño estético" pues conforme lo informado por el experto toda la incapacidad atribuida tiene carácter estético; mal podemos acoger una duplicidad de indemnizaciones por una misma afección; en lo relacionado con el daño psíquico es tratado separadamente en este voto.

INCAPACIDAD

PSIQUICA

1) a. Este aspecto del rubro daño material apunta a resarcir a la víctima por los deterioros de carácter cerebral, de alcance intelectual, con nexo causal en el evento dañoso (esta Sala, causas

44066 R.S. 107/2002; 47399, R.S. 7/04 entre otras).

b. Al igual que en el caso de la incapacidad física, la prueba por excelencia de su existencia y alcance es la pericial (art. 457 del CPCC).

c. En el sub lite dicha pericial obra a fs. 432/435; a fs. 575 el Tribunal dinamizando lo dispuesto por el art. 36 inc. 2 y 473 del CPCC ordenó el pase a la Asesoría Pericial Departamental a efectos que a través de un perito psicólogo se expidiera sobre el deterioro psíquico de las menores.

d. Tal informe obra a fs. 595/601; en la faena de evaluarlo le confiero pleno valor probatorio: está debidamente fundado y sus conclusiones son coherentes con dichos fundamentos; corrido traslado del mismo las actoras no pidieron explicaciones (art. 473 del rito) y cuanto a la aseguradora impugnó el informe (fs. 606/607) lo cual deviene improcedente en nuestro proceso siendo la única alternativa de las partes el pedido de explicaciones; obiter dicta no tengo argumentos objetivos y científicos para apartarme del mismo por lo cual, le confiero pleno valor probatorio (art. 384 del CPCC).

Ergo: tengo por probado que D. B. M. porta incapacidad parcial y permanente del 10 %; se aconseja igualmente un tratamiento terapéutico; cuanto a N. M. M. no presenta incapacidad alguna ni presentó daño psíquico como consecuencia del hecho.

e. En función de los fundamentos expuestos y en base al pertinente calculo residual postulo al Acuerdo que la indemnización a favor de D. B. M. se eleve a la suma de \$ 81.000 haciéndose así lugar al recurso de la misma; cuanto a N. M. M. propongo se revoque la sentencia en tanto le acuerda indemnización por incapacidad psíquica, lo cual implica acoger el recurso de la Aseguradora.

f. Viene cierto que en autos también se requirió con gastos de tratamiento que la sentencia acordó; la pericia no explicitó si dicho tratamiento era de carácter curativo o preventivo de agravamientos; las actoras tuvieron a su alcance solucionar tal omisión a través del pedido de explicaciones; no lo hicieron; ello así es de aplicación la jurisprudencia de la Sala en el sentido que la acumulación de indemnización y tratamiento solo procede cuando estos tienen carácter preventivo de agravamientos y no curativos de la incapacidad pues en este último supuesto se estaría otorgando una doble indemnización (esta causas 47399, R.S. 7/04; 66.275 R.S. 71/12 entre otras); ergo: postulo se revoque la sentencia en tanto acuerda gastos de tratamiento, incluso en lo referente a N. M. dada la ya aludida conclusión pericial relativa a la inexistencia de daño psicológico.

GASTOS

MÉDICOS

a. La sentencia fijó los gastos médicos en la suma de \$ 3000 para D. B. M. y \$ 1000 para N. M. M.; las actoras lo consideran reducidos y la aseguradora excesivos; Ninguno de los recursos amerita acogimiento; el recaudo de tales erogaciones es su "razonabilidad" conforme las circunstancias del caso; y tal recaudo ha sido debidamente tenido en cuenta por la a quo al dinamizar la facultad discrecional del art. 165 del ritual.

DAÑO

MORAL

El rubro Daño Moral es objeto de agravio por ambas partes; reducido para la actora; exagerado

para

la

aseguradora

a. Breve racconto sobre la caracterización del daño moral: de carácter "in re ipsa" cuando deviene de origen extra-contractual (art. 1078 del CCA en la reforma de la Ley 17711) apunta resarcir el padecimiento intangible y espiritual, de la víctima en la medida que el dinero puede generar parcelas de bienestar que morigeren aquellos padecimientos que como tales están comprendidos en la "reparación integral" ínsita en el art. 1083 del Código de Velez; es en este aspecto del Derecho de Daños donde cobra especial operatividad la facultad discrecional del art. 165 del ritual; para objetivizar la misma y descartar la arbitrariedad el Judicante debe tener en cuenta todas las connotaciones del caso a juzgar que exterioricen aquellos padecimientos; así lo ha establecido la Sala en numerosos antecedentes (causas 43.263, R.S.194/01; 50.358, R.S. 119/05 entre otras).-

b. Teniendo cuenta tales pautas y lo ya expuesto supra punto 6ª- párrafo segundo postulo al Acuerdo que la suma fijada se eleve a \$ 60.000 para D. B. M., lo cual conlleva a receptor el agravio de la actora y rechazar el de la demandada.

TASA

DE

INTERES

a. Final agravio de la actora es la tasa de interés fijada en la sentencia que fue la pasiva del Banco de la Pcia. de Buenos Aires; tal es la doctrina permanentemente fijada por la SCJBA Ac. C 101.774 "Ponce"; L 94.446, "Ginossi"; 49.439 "Cardozo"; 68.681 "Mena de Benitez"; L 80.710, entre otros.); considero que tal doctrina legal debe ser aplicada por los Tribunales inferiores no solo para evitar un inútil dispendio temporal con un final preanunciado (esta Sala causas Nº 48351, R.S. 879/04; 56.021, R.S. 59/09; 49026, R.S. 179/09; 56448, R.S. 317/09) sino también en función de lo dispuesto por el art. 161 inc. 3a de la Const. Provincial.

b. Cuanto a la jurisprudencia, toda de extraña jurisdicción, transcripta a fs. 546 y vta. esta Sala tiene dicho que no constituye idóneo agravio si con aquella no se demuestra el error "in iudicando" (Causas 55.604, R.S. 378/08; 54.713 R.S. 614/08, 20866 R.S.182/14, entre otras). Por tales razones propongo a mi Colega de integración desestimar el agravio.

7) a. Paso a tratar los agravios relacionados con N. M. M., con la salvedad que en los aspectos genéricos, doctrinarios y/o jurisprudenciales, me remito brevitatis causae a lo ya expuesto respecto de D. B. M.; lo haré en la medida que ya no los haya tratado supra.

b. N. M. M. a la fecha del accidente tenía seis años y diez meses (fs. 16); la pericia médica es terminante: no presenta ningún tipo de incapacidad física; no obstante ello la sentencia la indemniza con \$ 7000 que atribuye a "incapacidad transitoria", lo funda también en la "incidencia que ha tenido el evento dañoso en la realidad, vital, cotidiana, amplia o genéricamente apreciada".

c. Es verdad indiscutible que la incapacidad transitoria debe ser materia de reparación, pero no es menos cierto que para ello es antecedente condicionante la existencia de dicha incapacidad; el dictamen pericial de fs.318 y sgtes. es terminante: "no se observa cicatriz de excoriación en la zona sacrolumbar de 3 cms. de diámetro con cambio de tonalidad de la piel que se adjudica al hecho motivo de la peritación, no se observan secuelas estéticas ni funcionales"(fs.320); "fue dada de alta en el Hospital Posadas el mismo día del accidente" (fs. 320 vta.); "no presentaría secuelas

minusvalentes en su vida de relación familiar, social y cultural"(fs. 320 vta). Y cuanto al fallo de esta Sala citado por la sentencia (autos "F. A. C. C/ D. P. E. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Causa 50392, sentencia del 24 de Octubre de 2013) reflexiono en el sentido que ningún caso es idéntico a otro; se trató de una hipótesis totalmente diferente a la que nos convoca: la víctima sufrió una incapacidad transitoria del 100 % durante 25 días, tenía 53 años de edad, con un marido enfermo y sin poder trabajar por lo cual se encargaba de su cuidado y con dos hijas de 17 y 19 años de edad; evaluando tales circunstancias el Tribunal que integro, en aquella causa, fijó una indemnización de \$ 7000, o sea la misma suma adjudicada en estos autos donde las circunstancias son totalmente diversas. Ello así estimo que, haciendo lugar al agravio de la Aseguradora, se debe revocar la sentencia apelada en tanto acuerda indemnizar a la coactora por incapacidad transitoria. d. Cuanto al daño moral reiterando lo expuesto supra a. considero como circunstancia exteriorizantes del padecimiento espiritual la etapa etaría de la victima y el indudable desasoiogo de ver a su hermana D. B. gravemente lesionada y sujeta a la internación ya descripta. Ello así he formado convicción que la suma fijada por la Sra. Juez a quo ha sido justa; se ejerció equitativamente y con relación de las circunstancias del caso la morma del art. 165 del CPCC. Lo dicho conlleva a rechazar los recursos de la actora -en tanto persigue la elevación de la suma asignada- y de la demandada que aspira a su disminución. Tal lo dicho votando la cuestión propuesta lo hago, PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA A LA MISMA CUESTIÓN, LA SEÑORA JUEZ DOCTORA LUDUEÑA, DIJO Adhiero al voto del Dr. Ferrari, no sin hacer alguna aclaración conceptual solo en lo que hace a la tarificación de los montos resarcitorios. Como lo ha venido sosteniendo la Sala I que integro a lo largo de diversos pronunciamientos, la cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática, debiendo descartarse la aplicación mecánica de formulas matemáticas o actuariales.

Por cierto, los porcentajes de incapacidad constituyen un elemento a considerar entre una multiplicidad de variables tales como la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía confrontada en el contexto de las peculiaridades del sujeto damnificado. Concretando: ni debemos tarifar montos mecánica o matemáticamente (multiplicando porcentajes de incapacidad por cierta cantidad dineraria) ni tampoco debemos (ni podemos) abstraernos de los porcentuales de incapacidad informados pericialmente (que, por su especificidad técnica, nos acercan a la real entidad del perjuicio, cfe. arts. 384, 472 y 474 del CPCC). Es necesario conjugarlo todo, teniendo como norte el principio de reparación integral (art. 1083 del Código Civil) en el contexto de las específicas circunstancias de cada supuesto que tengamos para decidir (art. 171 in fine Const. Pcial.). Sobre tal plataforma conceptual, y ya en lo que hace específicamente a este caso concreto,

comulgo con el voto que precede en cuanto a la cuantificación de los montos resarcitorios. Ello así en tanto y en cuanto el colega que ha votado en primer término, si bien ha tenido en cuenta el porcentual de incapacidad ha articulado tal parámetro con las restantes circunstancias del caso (edad, sexo, magnitud del daño). Es cierto que el Dr. Ferrari menciona el sistema del "calcul aun point", pero no lo es menos que se ocupa de advertir que ello de ninguna manera implica someterse a cálculos materiales, infranqueables sino establecer una pauta que se debe adecuar a las cambiantes circunstancias de cada caso (de hecho, advierto que las sumas a las que llega lejos están de multiplicar los porcentajes de incapacidad por un monto determinado). Luego y en tanto -a mi modo de ver- los montos fijados se ajustan a la entidad del perjuicio comprobado mediante los elementos de juicio que ha ponderado mi colega (en análisis que comparto), adhiero a su propuesta en cuanto a la cuantía de los montos que indica en su voto. Con tal aclaración conceptual atinente a la cuantificación de los importes resarcitorios, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo dando el mío

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ Dr. FERRARI dijo:

Si mi colega de integración comparte el primer voto deberá decidirse:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en lo referente a la atribución de responsabilidad.
- 2) En cuanto a los montos resarcitorios, respecto de D. B. M.: revocar la sentencia apelada en los siguientes aspectos: las indemnizaciones por incapacidades física y psíquica que se elevan a las sumas de \$ 100.000 y \$ 81.000 respectivamente y la indemnización del daño moral que se eleva a la suma de \$ 60.000; los gastos de tratamiento que se desestiman; confirmar la sentencia en lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Y respecto de N. M. M.: Revocar la sentencia apelada en tanto indemniza incapacidad física transitoria, incapacidad psíquica y gastos de tratamiento; confirmar la sentencia en lo demás que decide.
- 3) Confirmar, asimismo, la tasa de interés que se manda a aplicar en el fallo apelado.
- 4) Costas de la Instancia, a la demandada y citada en garantía fundamentalmente vencidas (doct. art. 68 del CPCC).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión, la Señora Juez Doctora LUDUEÑA, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Señor Juez Dr. Ferrari.

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 CONFIRMA la sentencia apelada en cuanto a la atribución de responsabilidad; con relación al monto del resarcimiento: a) Respecto de D. B. M.: SE REVOCA la

sentencia apelada en los siguientes aspectos: las indemnizaciones por incapacidades física y psíquica que SE ELEVAN a las sumas de \$ 100.000 y \$ 81.000 respectivamente y la indemnización del daño moral que se eleva a la suma de \$ 60.000; los gastos de tratamiento que SE DESESTIMAN; CONFIRMANDO la sentencia en lo demás que decide y ha sido materia de agravio; b) Respecto de N. M. M.: SE REVOCA la sentencia apelada en tanto indemniza incapacidad física transitoria, incapacidad psíquica y gastos de tratamiento; CONFIRMANDO la sentencia en lo demás que decide. Finalmente, SE CONFIRMA la tasa de interés que se manda a aplicar en el fallo apelado. Costas de Alzada, a la demandada y citada en garantía, fundamentalmente vencidas (art. 68 del CPCC).

SE DIFIERE la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. ley 8904/77).

REGISTRESE.

NOTIFIQUESE.

DEVUELVA SE.

DR. FELIPE AUGUSTO FERRARI - DRA. LILIANA GRACIELA LUDUEÑA.