

TRANSPORTE BENEVOLO. Vuelco del vehículo. Velocidad excesiva. Lesiones sufridas por el acompañante. Falta de colocación del cinturón de seguridad: ineptitud para provocar la culpa de la víctima. Responsabilidad exclusiva del conductor del rodado

R. 364285 - "Hereñu Mario Alberto c/Ruiz Héctor Ricardo y otros s/daños y perjuicios" - CNCIV - SALA H - 15/04/2004

"De los elementos analizados es posible colegir sin hesitación que la velocidad a la que circulaba el camión -independientemente de la manera en que se produjo el hecho- y teniendo en cuenta las particularidades del rodado, el peso que transportaba y las características de la zona transitada, se constituyó en la causa eficiente del vuelco de la unidad, por lo que la responsabilidad del conductor resulta insoslayable y notoriamente agravada en el caso por tratarse de un chofer profesional que no podía ignorar los riesgos que implicaba guiar el vehículo en las condiciones en que lo hizo."

"Respecto de la responsabilidad que el apelante intenta atribuir al acompañante, resulta irrelevante que el actor no llevara puesto el cinturón de seguridad en el momento de producirse el siniestro, pues, en el caso, por las características del accidente que culminó con el vuelco total del camión, resulta conjetural afirmar que llevándolo colocado, hubiese salido ileso o menos lesionado, ya que también podría sostenerse que pudo quedar atrapado y sufrir consecuencias de mayor gravedad."

"No puede exigirse a quien es acompañante en un automóvil controlar cómo el otro maneja. Ello convierte en improcedente la afirmación del recurrente que pregona que el actor aceptó voluntariamente el riesgo de viajar a una velocidad excesiva."

Texto completo

En Buenos Aires, a 15 días del mes de abril del año 2.004 hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala "H" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "HEREÑU MARIO ALBERTO C/RUIZ HÉCTOR RICARDO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia de primera instancia que admite la demanda y condena a los accionados a abonar la suma de \$ 91.750, apelan las partes, quienes por los motivos que expresan en sus escritos de fs. 467/73 (parte actora) y fs. 475/79 (parte demandada y citada en garantía), intentan obtener la modificación de lo decidido. A fs. 488/9 y fs. 491/4, se agregan las respectivas contestaciones de agravios, encontrándose los autos en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo.//-

En su presentación ante la Cámara la parte actora cuestiona los montos de las indemnizaciones otorgadas en concepto de incapacidad sobreviniente y de daño moral, que considera reducidas. Se agravia por cuanto la anterior sentenciante no reconoce en forma autónoma una partida en concepto de lesión estética. Pretende que se eleve la suma establecida para atender el costo del tratamiento psicoterapéutico y, finalmente, requiere la actualización de los importes reconocidos en la sentencia, planteando la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 25.561 y del art- 5º del Decreto 214/02.-

La parte demandada, pone de relieve que tratándose de un caso de transporte benévolo, resultaba imperativo probar la culpa del demandado y aduce que debió evaluarse la conducta del actor en el evento, pues ha tenido incidencia causal en el resultado. Sobre la base de ello, pretende el rechazo de la acción y en forma subsidiaria la disminución de los montos de condena en proporción al porcentual de incidencia que tuvo en la cadena causal, el comportamiento del reclamante. Luego, refiere improcedente lo reconocido para atender el costo de cirugía estética futura y excesivos los montos otorgados en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral. Por último, solicita que los intereses por los gastos futuros corran a partir de la fecha de la sentencia y no () -como dispuso el fallo apelado- desde el momento del hecho.-

I.- Por una cuestión de método analizaré en primer lugar los agravios vinculados a la responsabilidad.-

La doctrina y jurisprudencia nacionales no son unánimes en cuanto al encuadre jurídico contractual o extracontractual del transporte benévolo, aunque la postura según la cual se trata de un supuesto de responsabilidad aquiliana es francamente mayoritaria (v. Llambías, J. "Responsabilidad civil originada en transporte benévolo", LL. 150-935;; Brebbia, R. "Accidentes de automotores", Bs. As., 1061, n° 12 y "Accidentes ocurridos durante el transporte benévolo" en "Problemática jurídica de los automotores", Bs. As., 1982, t° 1, cap. XVII, p. 329 y ss; Della Croce, R. "La responsabilidad civil en el transporte desinteresado", Bs. As., 1966, n° 3; Arean, B. "La responsabilidad civil y el transporte benévolo", LL. 1978-C-983; Bustamente Alsina, "Teoría", n° 315 y "Responsabilidad Civil", n° 316; Borda, G. "Tratado de derecho civil" Obligaciones, t° II, n° 1575; Acuña Anzorena, "Transporte gratuito y responsabilidad en caso de accidente", LL. 15-209; Colombo, "Culpa Aquiliana", n° 203; Orgaz, "La Culpa", n° 100, ap. b; CNCiv., Sala "B", 27/10/65, ED 25-756; id., Sala "D", 06/08/74, LL. 1975-B-263; entre muchos otros autores y antecedentes); idea que prevalece también en el derecho comparado.-

Ello es así por la falta de ánimo negocial tanto en el automovilista como en el viajero. La actitud del primero deriva no del contrato sino de la cortesía, busca hacer un favor y no contraer una obligación, y carece de los efectos ordinarios de esta última (v. arts. 496, 505, 1137 y su nota y 1197, CC). No se trata siquiera de un acto jurídico, pues uno de los elementos esenciales de éste es la presencia en los otorgantes de una voluntad orientada al fin inmediato de producir efectos jurídicos, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944 CC), propósitos ausentes en la especie ("Grillo, Noma B. c/López, Carlos A. s/Ds. y Ps.", rec. 167.836 del 27-11-95).-

No obstante, la casi totalidad de los autores que han abordado el tema sostienen que han de disminuirse los alcances de la responsabilidad del transportador benévolo, y los extracontractualistas lo afirman ya sea por razones de equidad (arg. art. 1069 CC.), o por considerar que el pasajero asume todos los riesgos de la circulación (v. sobre el punto la síntesis efectuada por Kemelmajer de Carlucci en "Código Civil comentado, anotado y concordado", Belluscio-Zannoni, Astrea, t° 5, Bs. As., 1990, p. 341 y ss).-

En anteriores oportunidades, ya adelanté mi opinión adversa a dicha tesis, pues partiendo de la determinación de la responsabilidad con arreglo a las disposiciones de los arts. 1109, 1113 y concordantes del Código Civil, el transporte benévolo no origina una responsabilidad menos plena que en cualquier otra hipótesis, pues lo contrario no surge de ningún precepto legal. El citado artículo 1069, segundo párrafo, considera una atenuación no de la responsabilidad sino de la indemnización, y no se refiere a la naturaleza del hecho generador y a las circunstancias que lo rodearon, sino a la situación patrimonial del deudor.-

En cuanto a la asunción de riesgos, a la que hace referencia también la apelante, tal extremo no puede afirmarse a priori y de manera dogmática, sino que resultará -según las circunstancias de hecho- de una imprudencia o negligencia constatables, e imputables al sujeto transportado, a tenor de los artículos 512 y 1111 CC.; y tendrá influencia en la determinación de la indemnización siempre que haya incidido concretamente en la producción del daño, conforme a un adecuado nexo de causalidad (arts. 901 y sptes. CC).-

Sobre el particular, nuestro más Alto Tribunal ha dicho que el mero aprovechamiento de un transporte benévolo no puede asimilarse a la idea de "culpa" a efectos de constituir causa o concausa adecuada de la producción del daño (CS, abril 30-1996 "Tettamanti, Raúl O. y otros c/Baccino, Orlando A. y otros en DJ, 1996-2-198). En dicho fallo se dijo también que en el encuadre jurídico de la responsabilidad contemplada por el art.1109 del Código Civil, la aceptación de los riesgos normales del transporte benévolo no es causal de supresión ni disminución de la responsabilidad, por aplicación de los principios que emanan de los arts. 1109 y 1111 de ese Código.-

I a).- La versión de la actora.-

La reclamante señaló que el día 28 de junio de 1.998, aproximadamente a las 8,30 hs., circulaba en calidad de acompañante en el camión marca Mercedes Benz 1938, modelo 1.997, patente BFL 329, con acoplado tipo semi-remolque carga seca metálica, marca Randon, patente AWW, que conducía el Sr. Héctor Ricardo Ruiz, de propiedad del Sr. Eduardo Alberto Miloco, por la Ruta Nacional N°: 5, en sentido direccional Mercedes-Suipacha, de la localidad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires. Que saliendo de la rotonda existente a la altura del Km. 98, como consecuencia de la excesiva velocidad impresa por el conductor del vehículo, y atento a que el mismo llevaba carga completa, perdió el dominio de la cosa peligrosa que conducía, ocasionando que el camión y el acoplado dieran una vuelta de "campana", quedando ambos vehículos con las ruedas hacia arriba sobre la banquina.-

I b).- La versión de los accionados.-

Reconocida la ocurrencia del hecho, sostuvieron que cuando el camión se encontraba transponiendo, a velocidad reglamentaria y adecuada a las circunstancias, la rotonda de Mercedes (intersección de la Ruta 5), con densa niebla, en forma absolutamente imprevisible se encontró con un automóvil que, por la misma mano y carril por la que circulaba el pesado vehículo, se desplazaba marcha atrás. Frente a esa circunstancia, el chofer -para evitar mayores daños- intentó una maniobra elusiva hacia la banquina, produciéndose el vuelco del camión.-

I c).- Las constancias de la causa penal.-

De la instrucción policial -fs. 1/2-, surge que los oficiales comisionados a efectuar la constatación de los hechos, observaron en una de las banquetas con dirección Mercedes-Suipacha, saliendo de la rotonda de la localidad de Mercedes, la existencia de un camión con acoplado con las ruedas hacia arriba con dos ocupantes en el interior del rodado. Se corroboró la identidad del conductor del vehículo -Sr. Héctor Ricardo Ruiz- y del acompañante -Sr. Mario Alberto Hereñú-, y se identificaron los datos del camión y el acoplado siniestrados, así como que la unidad transportaba caños de hierro. Se comprobó que el móvil provenía de la ruta de Luján hacia Mercedes. Que la Ruta

Nacional N°: 5 es densamente transitada por automóviles y camiones; que al momento de la inspección se hallaba en muy buen estado de conservación y uso con sus demarcaciones en perfecto estado y con buena visibilidad. Que la banquina mencionada tiene una extensión aproximada de entre siete y ocho metros de ancho y una profundidad de casi dos metros. Que el vuelco se produjo en el mojón que indica el km. nueve-ocho y que recorriendo el lugar desde donde el camión comenzó a efectuar el vuelco, no se observan frenadas, ni rastros, ni indicios, ni elementos algunos que hagan predecir que el vuelco se halla producido por algún manejo aparentemente brusco del conductor del camión.-

A fs. 3 del expediente penal se agregó un croquis ilustrativo del lugar del hecho. A fs. 15 y vta., corre agregado el peritaje accidentalológico, que informa que tanto el camión como el acoplado presentan como consecuencia del vuelco, destrucción total de todas sus partes y se determina que los frenos de la unidad funcionaban. A fs. 29/32, se agregaron vistas fotográficas de la escena del hecho.-

A fs. 63/4 presta declaración en el juzgado penal interviniente, el co-demandado Héctor Ricardo Ruiz (conductor del camión). El dicente manifestó que circulando por la ruta desde Luján hacia Mercedes, se encontró con bancos de niebla. Refirió que llevaba una velocidad aproximada a los 60 o 65 Km/h y que entrando a la curva de la rotonda de Mercedes -para tomar dirección hacia Suipacha- aparece imprevistamente sobre su izquierda un vehículo marca Peugeot, color rojo, que quiso retomar hacia Suipacha. Sostuvo que para evitar la colisión con el Peugeot, volanteó su camión hacia la derecha y que este hizo una media tijera, supone por la altura de la carga y por el piso mojado, no pudiendo evitar el vuelco del vehículo. Relató que el actor en los presentes actuados, al advertir que el vehículo volcaba intentó abrir la puerta de su lado para tirarse del camión, pero que el dicente alcanzó a pegarle una trompada para evitar que sea aplastado por el rodado.-

El actor sostuvo en sede penal -fs. 93/4-, que antes de llegar al peaje ya había bancos de niebla, que habían sido informados mediante radio de dicha circunstancia por un camión de la empresa que salió instantes previos con el mismo destino. Que al llegar a la rotonda de Mercedes, el conductor del camión le pidió que cebara mate y que para tal menester se quitó el cinturón de seguridad. Sostuvo que tuvo oportunidad de ver el marcador de velocidad, que marcaba aproximadamente 80 km./h y que estando dado vuelta sintió que Ruiz gritó: "nos matamos", por lo que intentó abrir la puerta delantera derecha para saltar, siendo golpeado por Ruiz que lo empujó contra el parabrisas. Que luego del accidente el conductor del camión le dijo que un Peugeot se la había venido encima y que por ello volanteó para evitar la colisión, provocando el vuelco, refiriendo que en ningún momento vio el mencionado vehículo, tal vez por encontrarse de espaldas.-

I d) El informe pericial presentado en autos.-

El ingeniero Luterau presentó a fs. 307/14 el peritaje que le fuera encomendado.-

En su ilustrativo y esclarecedor informe, basado en los antecedentes arrimados a la causa y en la inspección practicada en el lugar del hecho, conforme a las fotografías que adjuntó, indicó que existen dos causas -como más factibles-, para la generación del vuelco.-

La primera hipótesis, tomando la versión de la actora; refiere: "un ingreso a excesiva velocidad a la rotonda, desplazándose la unidad por el carril derecho y muy cerca del borde de la ruta. Si las condiciones meteorológicas incluían niebla densa, el piso debió encontrarse húmedo, y en ese caso la salida a la curva, al intentar corregir la marcha

para retomar la ruta, el semi-remolque -con su posibilidad de pivotar alrededor del perno de enganche-, podría haber desplazado lateralmente su sector posterior (pequeña rotación en sentido horario), hasta descender a la banquina". (ver fs. 308)

La segunda, conforme a lo dicho por los demandados; considera la posibilidad de que: "circulando alejado del borde externo de la ruta, el conductor del camión hubiera encontrado un obstáculo (el automóvil Peugeot), e intenta eludirlo.-

La maniobra efectuada -giro brusco del volante hacia la derecha-, produciría una reducción significativa de la velocidad del conjunto, siendo ésta - transmitida hacia el perno de sujeción del semi-remolque- la causa para que el sector posterior de éste rotara y se desplazara hacia la banquina. (ver fs. 307).-

Resulta elocuente señalar que, luego de elucubrar ambas alternativas, señaló que la mecánica del hecho es la misma "... la salida parcial de la ruta por efecto de la rotación del semi-remolque (similar al efecto de una tijera, en la cual las dos hojas se articulan en un punto), debida a la acción de la inercia de marcha previa (función tanto de la velocidad de circulación, como del estado de carga), la que se ve complementada por la pérdida de adherencia debido al piso mojado. Finalmente, la pendiente que presenta la banquina obliga al vuelco del conjunto".-

A renglón seguido afirmó que bajo cualquiera de las hipótesis de ocurrencia, la velocidad del camión al ingresar a la rotonda es un elemento básico en la generación del accidente y que conforme a la posición final del rodado, el nivel de movimiento que indicó el co-demando Ruiz en su declaración en sede penal -recuérdese 60 o 65 km./h- era, razonablemente el que llevaba el camión al ingresar a la rotonda.-

Cierra el experto su exposición, destacando lo siguiente: que aproximadamente a 150 metros, sobre la mano derecha en el sentido de circulación Luján-Mercedes, hay un cartel limitador de velocidad máxima (40km/h). A la salida de Luján -altura de los kilómetros 84 y 90- existen carteles de prevención respecto de la niebla y que en caso de niebla cerrada, a lo sumo sólo es posible detectar una sola de las marcas dibujadas sobre la ruta, lo que obliga a circular a una velocidad de 40 km/h.-

Como corolario de lo antedicho, pone de relieve que la velocidad de circulación mencionada , era no solamente excesiva frente a la máxima permitida, sino también un factor de riesgo cierto para la conducción.-

Es del caso hacer notar que la labor pericial reseñada no mereció ninguna impugnación por parte del recurrente y que el dictamen se encuentra debidamente fundado, lo que conlleva a aceptar sus conclusiones, al ponderarlo conforme a los arts. 386, 477 y 497 CPCyC.-

De los elementos analizados es posible colegir sin hesitación que la velocidad a la que circulaba el camión -independientemente de la manera en que se produjo el hecho- y teniendo en cuenta las particularidades del rodado, el peso que transportaba y las características de la zona transitada, se constituyó en la causa eficiente del vuelco de la unidad, por lo que la responsabilidad del conductor resulta insoslayable y notoriamente agravada en el caso por tratarse de un chofer profesional que no podía ignorar los riesgos que implicaba guiar el vehículo en las condiciones en que lo hizo.-

Probada la responsabilidad del co-demandado Ruiz en el hecho, corresponde apreciar si la conducta del actor pudo de algún modo haber contribuido al accidente, ya que en el caso, la apelante cuestiona que la responsabilidad recaiga sólo en conductor del rodado, pues entiende que se debe extender a su acompañante.-

Respecto de este punto, cuya prueba estaba a cargo del accionado, nada se ha dicho a lo largo de las actuaciones. La apelante expresa que el intento de Hereñú de tirarse del rodado cuando advirtió el peligro que corría -hecho reconocido por el actor en sede penal- revela una grave imprudencia por parte de la víctima y constituye un factor que

ha incidido en el nexo causal. Ello no es así, pues el intento no se consumo por el actuar del propio demandado que impidió que lo hiciera y no es factible considerar el episodio como un agravante en el evento, pues de una forma u otra Hereñú permaneció dentro de la unidad al momento de producirse el vuelco.-

También resulta irrelevante que el actor no llevara puesto el cinturón de seguridad en el momento de producirse el siniestro, pues, en el caso, por las características del accidente que culminó con el vuelco total del camión, resulta conjetural afirmar que llevandolo colocado, hubiese salido ileso o menos lesionado, ya que también podría sostenerse que pudo quedar atrapado y sufrir consecuencias de mayor gravedad.-

Fuera de ello, no puede exigirse a quien es acompañante en un automóvil controlar cómo el otro maneja. Ello convierte en improcedente la afirmación del recurrente que pregona que el actor aceptó voluntariamente el riesgo de viajar a una velocidad excesiva.-

En consecuencia, como corolario de todo lo expuesto, si mi opinión es compartida corresponde la confirmación del decisorio en este aspecto.-

Resuelto el tema atinente a la responsabilidad, analizaré los agravios respecto de las sumas indemnizatorias.-

II.- Incapacidad Sobreviniente.-

La parte actora se queja porque entiende exiguó el monto conferido por el rubro que integra la lesión física, psíquica y antiestética y porque entiende que resultaba pertinente la concesión de un reconocimiento autónomo por lesión estética. La demandada y la citada en garantía se agravian porque reputan excesivo el reconocimiento y solicitan su reducción.-

De la simple lectura de la sentencia de grado se extrae claramente que con relación a las distintas cuestiones no ha habido superposición de montos indemnizatorios, ni en lo que hace al daño patrimonial como tampoco extrapatrimonial.-

Resulta nítido en este caso que el juez "a quo" consideró que el daño a la salud es uno solo y si bien se refirió por separado a cada uno de los aspectos puntualizados en los peritajes efectuados, al momento de la cuantificación de los daños, tal método no implicó un menoscabo ni superposición de los montos fijados. Con relación al tema se ha sostenido que no debe perderse de vista que "la guerra de etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de autonomías" o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o, por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (conf. Mosset Iturraspe, "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", Rev. de Derecho Privado y Comunitario, T 1, pág. 39 N° 23, Rubinzal Culzoni, 1992).-

En definitiva, lo que realmente interesa es permitir al damnificado permanecer en la misma situación que tenía con anterioridad al hecho dañoso, por lo que a ello debe apuntarse con independencia de los términos o expresiones utilizadas y sin caer en dogmatismos estériles que impidan el acceso a una solución justa e integral.-

A la luz de tales premisas habré de abordar las cuestiones propuestas por las partes, pues entiendo que a pesar de las consideraciones que formula la reclamante en su presentación ante esta Sala, no logra plasmar cual es el agravio que le causa el abordaje de la cuestión del modo en que fue tratado en la sentencia, si se advierte que los distintos daños han sido ponderados por el juez aún cuando para su satisfacción se

contemplara un único monto global, y lo que en definitiva se pretende es la elevación del importe que se reconoce.-

Ha de tenerse presente que para la valoración de la indemnización en concepto de incapacidad sobreviniente no existen pautas fijas, pues se trata de circunstancias de hecho variables por diversos factores. Para ello, debe considerarse también, la proyección que la secuela del infortunio acarrea al damnificado en su actividad, sin que el juzgador deba ceñirse a pautas estrictamente matemáticas o a tablas de valores fijos, considerando la persona en su integralidad, con su multiforme actividad, debiendo computarse y repararse económicamente todas las facultades propias en la amplia gama de su personalidad en su vida de relación. Cuando la invalidez es parcial es importante definir el déficit de capacidad sufrido para compararlo con la amplitud completa para el trabajo y demás actitudes relevantes.-

Sentado lo dicho, cabe recordar que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado cuyo quebrantamiento debe ser reparado, sino que además constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público. Coincidiendo con tal línea de pensamiento, señala Zannoni ("El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, página 157 y siguientes) que el ataque a la integridad física o corporal debe ser considerado autónomamente, teniendo en cuenta su gravedad y en todo caso, según la directiva del artículo 1068 del C.C.-

De la fotocopia de la historia Clínica remitida por el Hospital de Mercedes Blas Dubarry, que corre a fs. 152/64, surge que el actor ingreso al citado nosocomio el día 26/08/98 con politraumatismo y traumatismo en el brazo derecho y mano derecha. Heridas contusas en miembros y rodilla izquierda, lúcido, compensado hemodinamicamente, quedando alojado en la unidad de terapia intensiva.-

Practicadas las primeras curaciones, fue trasladado al Hospital San Roque de Gonnet, donde ingresó el día 30/06/98 (ver historia clínica de fs. 287/93). Allí se le diagnostica: fractura expuesta de codo derecho, luxación del dedo pulgar de la mano derecha, traumatismo de cráneo, sin pérdida de conocimiento, escoriaciones en rodilla derecha y mentón y traumatismo de columna lumbar. Fue intervenido quirúrgicamente y luego de 48 horas, se lo trasladó al servicio de ortopedia y traumatología, donde permaneció internado 28 días.-

A fs. 181/7, presentó su dictamen el Dr. Oscar H. Fiorentini, quien manifestó que respecto de las lesiones que padeció el actor descriptas precedentemente, revistieron mayor gravedad el traumatismo de cráneo y la fractura expuesta de codo, de la que debió ser intervenido de urgencia y luego re-operado para el retiro de material de osteosíntesis. Luego del examen practicado, expresó que el Sr. Herñú presenta las siguientes secuelas derivadas del accidente de autos: una limitación de la movilidad del codo derecho, tanto en la supinación como en la flexo-extensión; una lumbalgia con irradiación a miembros inferiores, acompañada de parestesias e hipoestesia en pierna derecha; una cicatriz en cara externa de pierna derecha (injerto de piel), y dos cicatrices en el codo derecho (una anterior que corresponde al punto por el cual se expuso el hueso, y una posteroexterna que es por la cual se realizó el abordaje quirúrgico para la realización de la osteosíntesis. Asimismo señala que se observa del estudio radiográfico la secuela de una fractura expuesta supracondilea de húmero derecho, que fue tratada quirúrgicamente, con un recurvatum (angulación de convexidad posterior que puede observarse en un hueso largo) de 10° y un callo exuberante.-

Determina la existencia de una incapacidad de tipo parcial y permanente, equivalente al 27% de la T.O.-

En el aspecto psicológico, luego de los test y las entrevistas a las que fue sometido el paciente, sostuvo la perito Vila que el actor padece estrés post-traumático crónico. Estimó una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación fóbica grado III, con una incapacidad del 20%.-

Cabe apuntar que el dictamen pericial se encuentra fundado razonablemente en principios y procedimientos técnicos, y resulta congruente con el resto de la prueba rendida. Tales circunstancias conducen a aceptar sus conclusiones, al ponderarlo conforme a los arts. 386, 477 y 497 CPCyC.-

No es óbice para ello las impugnaciones efectuadas, pues ambos peritos brindaron adecuadamente las explicaciones que se le solicitaran (ver fs. 267/8 y fs. 279). Es del caso resaltar que los argumentos que se esgrimen en el punto A), apartados 1) y 2) para lograr la modificación del fallo, son análogos a los esbozados en la oportunidad de impugnar el informe pericial y merecieron adecuada y puntual respuesta por parte de los expertos.-

Por ello, al no haberse opuesto argumentos científicos de mayor valor y/o atendibilidad que los proporcionados por aquél, cabe aceptar las conclusiones de los dictámenes.-

Al respecto, Palacio ("Derecho procesal Civil", t IV, p. 720, y sus citas) ha señalado que cuando la prueba "aparece fundada en principios y procedimientos técnicos no objetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél".-

A la luz de las consideraciones efectuadas, teniendo en cuenta el grado de las lesiones padecidas y las consecuencias del infortunio en la proyección de la vida del damnificado, de 30 años de edad a la fecha del accidente, de profesión albañil y demás condiciones socio-económicas que surgen de autos y del beneficio de litigar sin gastos, entiendo razonable el monto otorgado por esta partida, por lo que propongo, que se la confirme.-

III.- Costo del tratamiento psicoterapéutico.-

A fs. 219 vta., la perito psicóloga recomendó un tratamiento psicoterapéutico focalizado en la situación de estrés post-traumático, de una duración de seis meses y con una frecuencia de una sesión semanal y un tratamiento familiar de cinco meses con idéntica frecuencia, estimando el costo total del primero en \$ 2.400, a razón de \$ 100 la sesión y el segundo de \$ 3.000, estimando el valor de cada sesión en \$ 150.-

El Sr. juez "a-quo" estimó el valor de la sesión en \$ 50 y concedió por todo concepto la suma de \$ 1.300, respetando la frecuencia aconsejada por la psicóloga designada.-

Estimo equitativo el valor de la sesión que tomó el magistrado, que además es acorde a lo que la propia perito sostiene a fs. 279 vta., último párrafo.-

Pero asiste razón a la actora si se pondera que han sido dos los tratamientos aconsejados por la experta y que sólo ha reconocido el magistrado la necesidad de la terapia individual, sin hacer mención alguna a la terapia familiar que la perito refirió necesaria y vinculada causalmente al ilícito de autos.-

Lo expuesto me inclina a proponer que se eleve la partida, considerando en conjunto para ambos tratamientos, la suma total de \$ 2.550.-

IV.- Costo de la cirugía plástica.-

El Sr. Juez de la anterior instancia concede en favor del reclamante la suma de \$ 3.500 en concepto de gastos futuros de cirugía reparadora, con apoyo en el informe técnico de la consultora técnica de parte.-

Sobre el particular, cabe señalar que si bien el perito médico de oficio describe minuciosamente las secuelas antiestéticas que ocasionó el accidente, omite luego responder el requerimiento de la parte actora acerca de la posibilidad de realizar con éxito una cirugía reparadora y sus eventuales costos. La mencionada omisión, no encuentra ajena a la parte actora, que nada dijo en oportunidad de habersele dado vista del informe.-

Al ser así, la opinión de la consultora de parte sin el sustento de un dictamen oficial que la avale no puede resultar un medio adecuado para valuar el aspecto que se trata, no por una cuestión de idoneidad, sino porque su función es la de asesorar al litigante interesado y de su informe no se confiere traslado a los demás partícipes del la litis.-

Sucede además que se ha reconocido en autos una suma por incapacidad tendiente a resarcir la lesión antiestética y al no haberse manifestado el perito desinsaculado en autos acerca de la factibilidad de una intervención quirúrgica y, si en su caso, la operación haría factible la remisión total o parcial de la afección, existiría el riesgo de conceder en favor de la víctima y en detrimento del responsable una injustificada doble indemnización, ponderando que sólo es resarcible la lesión que es de carácter permanente.-

Estas marcadas circunstancias me llevan a la conclusión de que no procede otorgar la partida en cuestión y en consecuencia, propongo que se la revoque.-

V.- Daño Moral.-

El daño moral no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (conf. Jorge Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", ed. Abeledo Perrot, 4ta. ed., nro.557, pág.205), comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o goce de sus bienes (CNEspCivCom, Sala I, "Silverio Graciela c/ Persini Dardo s/ sumario", 13.8.84). El daño es el menoscabo o lesión a los intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico (conf. Eduardo A. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", Editorial Astrea, pág. 287).-

Su reparación esta determinada por imperio del art.1078 del Código Civil, que con independencia de lo establecido por el art.1068 de ese cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia (CNEspCivCom, Sala I, "Sgro Dora L. c/ Caruso Antonio s/ sumario", del 27.12.83). Lo que define el daño moral -se señala en la doctrina- no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, op. cit., pág.290).-

Respecto de la prueba del daño moral, se ha señalado que: "cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el "onus probandi". Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", tomo 1, página 387/88).-

Por su carácter espiritual, es difícil determinar la dimensión económica como respuesta al daño moral, sea cual fuere la naturaleza jurídica que se le asigne. Su entidad se traduce en vivencias personales del afectado y en general no se exterioriza fácilmente.

De ahí que resulte útil al juzgador tener en cuenta algunas pautas que pueden orientarle para intentar mensurar este daño.-

En este sentido, corresponde evaluar las características de las lesiones sufridas, el modo traumático en que se produjeron, los tratamientos suministrados en su consecuencia, las secuelas físicas permanentes padecidas, así como la alteración del ritmo normal de vida que todo lo apuntado, razonablemente origina ("Arce, Adolfo F. c/ Ingeniería Faber S.A.I.C. y otro", R. 177.138, del 25-4-96; "Baldi, Carolina c/Transporte Villa Adelina S.A.", R. 192.119, del 22-8-96; "Porra, Juan C. c/Palacio, Elbesio", R. 196.757, del 24-2-97, entre otros).-

Cabe recalcar que toda minoración del sujeto en sus aptitudes existenciales supone destruir o alterar el equilibrio espiritual necesario para hacer frente a la vida. De allí que donde se verifique una incapacidad de cualquier índole, será reconocible el daño moral. En esta órbita no económica corresponde valorar no sólo las incapacidades con gravitación en lo laboral y productivo, sino más ampliamente ineptitudes de todo género, con repercusión en la vida solitaria y de relación. Su cuantía se magnifica en función de su prolongación (temporalidad y permanencia) y gravedad (relativa a algunas, muchas o todas las aptitudes de la persona) (conf. Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T. 2a, p. 553/554).-

De acuerdo a las circunstancias de hecho en que resultó lesionado el actor, la índole de los padecimientos físicos y psíquicos que experimentó, así como también considerando las circunstancias personales que se relacionan con aspectos tales como el sexo, edad, ocupación, etcétera, del reclamante, propongo confirmar el monto indemnizatorio otorgado por este rubro.-

VI.- Intereses.-

La parte demandada y citada en garantía, sostiene que es incorrecta la determinación de los intereses respecto de los gastos de tratamiento psicoterapéutico y tratamiento kinesiológico, pues aduce que debieron establecerse desde la fecha de la sentencia y no desde el hecho.-

Corresponde señalar que las consecuencias dañosas sufridas por el actor, se produjeron en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, por lo que el deber de resarcir nació a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico del demandado.-

La deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa con relación a la resolución jurisdiccional que la reconoce, aún cuando su existencia y magnitud sólo se aprecien en esa oportunidad (conf. Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T.1, pág. 249).-

Como consecuencia de ello, lo pretendido no prosperará.-

VII.- La parte actora pretende la actualización monetaria de los valores que consagra la sentencia apelada.-

Si bien fue modificada la ley de convertibilidad, los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, reformados por el artículo 4 de la ley 25.561, prohíben toda clase de actualización o indexación.-

En este sentido, la primera de las normas establece: "...En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley". La segunda prescribe: "Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1 de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los

bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar".-

Ahora bien, respecto del planteo de inconstitucionalidad de las normas citadas que se deduce ante esta alzada, corresponde mencionar que no pudo ser este objeto de un pronunciamiento en primera instancia, por lo que no resulta oportuno su tratamiento en el presente estadio, pues el Tribunal sólo está habilitado para la revisión del fallo apelado.-

Dicha limitación deriva del principio dispositivo, que confiere a los justiciables el señorío de la voluntad de fijar los límites del objeto litigioso y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas y resueltas oportunamente por el primer sentenciante.-

Si se admitiese que en la alzada pudieran tratarse capítulos no decididos en primera instancia, o no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa, y violación de una expresa prohibición legal, (confr. CNCiv., Sala "C", mayo 12-1983, La Ley, tomo 1984-A, página 489).-

En tal virtud, no procede expedirse sobre la inconstitucionalidad de la normativa planteada, por resultar prematuro.-

Por lo expuesto, propongo modificar la sentencia apelada con el siguiente alcance; elevar a \$ 2.550 la partida conferida para atender los gastos de los tratamientos psicoterapéuticos aconsejados por la perito y revocar el monto indemnizatorio otorgado para afrontar el costo de la cirugía estética reparadora; confirmándola en todo lo demás que decide y fuera motivo de agravios. Las costas, se deberán imponer en el orden causado (confr. art. 71 del C.Pr.).-

ASÍ VOTO.-

Los Dres. Giardulli y Gatzke Reinoso de Gauna, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.-

///nos Aires, 15 de abril de 2004.-

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

Modificar la sentencia apelada con el siguiente alcance; elevar a \$ 2.550 la partida conferida para atender los gastos de los tratamientos psicoterapéuticos aconsejados por la perito y revocar el monto indemnizatorio otorgado para afrontar el costo de la cirugía estética reparadora;; confirmándola en todo lo demás que decide y fuera motivo de agravios. Las costas, se imponen en el orden causado (confr. art. 71 del C.Pr.).-

En atención a lo dispuesto por el art. 279 del CPCCN, corresponde regular los honorarios de los profesionales intervinientes, adecuándolos al presente pronunciamiento.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.//-

Fdo. Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna y Claudio M. Kiper