

**Expte. 10500. Reg. 124 (S) del 01/12/2016.**

En la ciudad de Necochea, a los días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **“CARRANZA, Silvia Gloria c/ZACCARO, Gerardo Alberto y Ots. s/Daños y perjuicios”** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza; habiendo cesado en sus funciones el Doctor Garate (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

**C U E S T I O N E S**

1a. ¿Es justa la sentencia de fs. 640/649vta.?.

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 640/649vta. el Sr. Juez de grado dicta sentencia en la que resuelve: 1) Hacer lugar a la demanda promovida por Silvia Gloria Carranza contra Alicia Juri, Gerardo Alberto Záccaro, Empresa Carlos Pérez y Hermanos S.R.L., Héctor Orlando Sosa, Transporte Ideal San Justo S.A. y Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros; II) Condenar a los demandados a pagar a la actora la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL (\$187.000), con más los intereses conforme la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días (tasa pasiva digital) desde la fecha del hecho (5 de octubre de 2009) y hasta el momento del efectivo pago, dentro del término de diez días de quedar firme la presente sentencia; III) Rechazar la demanda entablada por Silvia Gloria Carranza contra Gustavo Juan Záccaro; IV) Imponer las costas del juicio a los accionados vencidos, con excepción de las generadas por la demanda dirigida a Gustavo Juan Záccaro que se imponen al actor vencido; V) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que obren en autos pautas para tal fin.

A fs. 650, 652, 653 y 654 interponen recurso de apelación el Dr. Facundo D. Chico, en su carácter de letrado apoderado de la parte actora; el letrado apoderado de la codemandada Transporte Ideal San Justo S.A. –Dr. Rodrigo Agustín Etchegaray–; el Dr. Carlos Alberto Borrelli, en representación de los codemandados Gerardo Alberto Záccaro, Gustavo Juan Záccaro y Alicia Juri, y, por último, la letrada apoderada de la aseguradora citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, Dra. María Julieta Borrelli, respectivamente.

A fs. 666/vta. se intima al apelante de f. 653 a que acredite en debida forma la personería invocada. A f. 669 se presentan los demandados Gerardo Alberto Záccaro y Alicia Juri, ratificando la apelación interpuesta.

A f. 670 se presenta el Dr. Carlos Alberto Borelli, desistiendo de la apelación interpuesta respecto del codemandado Gustavo Juan Záccaro.

A fs. 672/673 se declaran mal concedidos los recursos de apelación deducidos a fs. 653.

A fs. 689/692 expresa agravios la letrada apoderada de la citada en garantía; presentación a la que adhiere, -solicitando se la tenga por reproducida-, el letrado apoderado de la codemandada Transporte Ideal San Justo.

Por último obra a fs. 694/700vta. la expresión de agravios de la actora.

II) 1.1. Agravios de la aseguradora citada en garantía:

En primer término se agravia la recurrente por “el injustificado importe indemnizatorio fijado en la sentencia, para compensar el ‘lucro cesante’ sufrido por la actora.

Expresa que “consiente que se tome como referencia, para el cálculo indemnizatorio de este rubro, un período de cuatro meses de inactividad laboral de la actora, aunque objeta el importe determinado como ‘ingreso mensual’.”

Al respecto, “cuestiona seriamente la determinación del a quo de considerar que el ‘ingreso mensual’ de la actora ascendía a \$15.000, conclusión que no está sustentada por fundamentación alguna.”

Expresa que la propia actora efectuó una petición mucho menor, sosteniendo en su demanda que al momento del hecho percibía por su trabajo un ingreso mensual promedio aproximado de \$4.500.

Sostiene que “más allá de que la suma era ya exagerada, lo cual se analizó en su momento, de cualquier manera no existe justificación alguna para que el a quo, sin ninguna fundamentación, determine que el ingreso de la actora es de \$15.000 mensuales, es decir más de tres veces superior AL QUE LA PROPIA INTERESADA FIJÓ Y RECLAMÓ.”

Aduce que “la actora no aportó PRUEBA ALGUNA que permitiera justificar ni siquiera aproximadamente cuál era la suma que ganaba, por lo que debió haberse desestimado su exagerada pretensión y, en todo caso, fijarse una más reducida. El a quo pudo haber tomado como referencia el salario mínimo vigente en momento del período de inactividad laboral (octubre de 2009 a enero de 2010), que era de aproximadamente \$1.500 por mes, dato que resulta de publicaciones oficiales, y en base a ello efectuar una estimación sustentable; pero de manera alguna puede admitirse que se establezca como ingreso de la actora, por su actividad, una suma diez veces superior al salario mínimo entonces vigente.”

Seguidamente expresa que “se opone a que pudiera interpretarse que el a quo consideró que, cuando estimó el presunto ingreso mensual de la actora, tomó en cuenta un valor actual.”

“Sin perjuicio de que ello también resultaría exagerado, debe resaltarse que el juez ni lo dice, ni mucho menos lo fundamenta, por lo que debe entenderse que, cuando estimó en \$15.000 ‘los ingresos mensuales de la actora’, se refería a la suma que la reclamante presuntamente ganaba en la época en que no pudo desarrollar su tarea (octubre de 2009 a enero de 2010).”

Añade que “otro elemento que respalda la interpretación de que el a quo fijó tan elevada suma a la fecha en que se produjo el perjuicio, es que estableció que los intereses que fija con una tasa tan elevada se apliquen ‘desde la fecha del hecho’. Cuando un importe se determina en sentencia, al valor actual (para lo cual debe expresamente mencionarse esa circunstancia), no corresponde aplicar esos intereses moratorios, sino el interés de ‘tasa pura’, porque lo contrario significaría provocar un enriquecimiento sin causa; se actualizaría un

importe, determinándolo al momento de la sentencia; y, paradójicamente, se lo retrotraería considerándolo como que ese valor era real al momento del hecho.”

En conclusión, solicita se revoque “la decisión del a quo que, sin causa justificada, estimó como ingreso mensual de la actora la suma de \$15.000, reduciéndose significativamente ese importe, y el valor razonable que se fije deberá multiplicarse por el período de inactividad acreditado, que coincidentemente ha sido establecido en cuatro meses.”

1.2. En segundo lugar “se agravia por el elevado importe fijado como indemnización por daño moral, pero el mayor inconveniente para cuestionar profundamente la resolución judicial es la falta de fundamentación del a quo para establecer el importe determinado.”

Aduce que el Sr. Juez de primera instancia “no ha aportado criterio jurisprudencial alguno en respaldo del importe que fija como indemnización.”

## 2. Agravios de la codemandada Transporte Ideal San Justo S.A.:

Conforme se señalara anteriormente, la recurrente adhiere al contenido de la expresión de agravios presentada por “Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.”, y solicita “se tengan por reproducidos todos los conceptos desarrollados y expuestos por esa aseguradora.

## 3. Agravios de la parte actora:

1. Se agravia en primer término la recurrente en cuanto la sentencia “considera que no se encuentra probada la legitimación pasiva del codemandado Gustavo Juan Záccaro.”, señalando que “no es cierto como indica el juez de primera instancia, que no se encuentre probado la calidad de transportista del sr. Gustavo Juan Záccaro respecto de la parte actora.”

Tampoco es cierto –aduce– “que la prueba confesional rendida en autos (ver fs. 470/71 y f. 683), no se encuentre reforzada con otras pruebas rendidas en la causa para tener por acreditada legitimación invocada.”

Destaca que “habiendo la actora celebrado un contrato de transporte, el vínculo jurídico entre el porteador y el usuario constituye una relación de consumo (art. 3 ley 24.240 modificado por ley 23.361), encontrándose la actora amparada por el sistema protectorio que emana de dicha normativa y también por los arts. 1, 2, 7, 9, 1092, 1093, 1094 siguientes y concordante del CCC.”

Aduce que “los daños que sufre Carranza cuya reparación aquí se persiguen, tienen lugar en ocasión de la ejecución del contrato de transporte e importan el incumplimiento por parte de los transportistas de su obligación de seguridad respecto de la pasajera, quien resultó dañada en su integridad corporal durante el viaje.”

Expresa que “la responsabilidad del codemandado Gustavo Juan Záccaro, que es la persona con quien Silvia Carranza contrata el viaje a Buenos Aires, quien a su vez reviste la condición de ‘contratante’, a mi criterio sí se encuentra probada en autos.”

Así, señala que “con la planilla elaborada en el formulario oficial de la Comisión Nacional de Transporte serie I nro. 873482, cuya copia auténtica obra agregada fs. 180 de estas actuaciones, se prueba en modo incontrastable el carácter de “CONTRATANTE” del Sr. Gustavo Juan Záccaro del micro que transportó a la Sra. Carranza a la ciudad de Buenos Aires (ver fs. 180 vuelta pasajero nro. 14).”

Añade que “en la causa penal ofrecida como prueba a fs. 90 también se encuentra una copia de dicho formulario”, y, en tanto “la causa penal ha sido incorporada sin objeciones por el demandado (ver fs. 295/297), ello así su valor probatorio queda admitido por ambas partes.”

Aduce que “en los términos de los arts. 290 y 296 del CCC, el referido formulario posee los caracteres de un instrumento público del cual deriva su valor probatorio para acreditar el carácter de contratante del Sr. Záccaro, y por ende su responsabilidad para poder ser demandado dado su condición de transportista por haber incumplido su obligación de transportar al pasajero sano y salvo.”

Que “las circunstancias indicada también constituyen a este accionado en principal con relación al chofer del ómnibus en que viajaba la actora, y lo tornan responsable de los datos causados por éste conforme las disposiciones del art. 1113 primera parte del CC.”

Concluye su agravio señalando que “el mencionado formulario oficial el cual no ha sido redargüido de falso, por sí solo constituye una prueba suficiente para tener por acreditada la legitimación pasiva esgrimida en demanda respecto del codemandado Gustavo Juan Záccaro, a lo cual cabe agregar el valor probatorio de la confesión ficta operada en autos respecto del nombrado, que no habiendo otros elementos que la contradigan la misma constituye plena prueba.”

“Por lo expuesto, y estando probado en autos el carácter de contratante transportista respecto del codemandado Gustavo Juan Záccaro, solicito se revoque la sentencia apelada en su parte pertinente, con costas.”

2. En su segundo agravio cuestiona “el bajo monto indemnizatorio establecido al tratar los daños.”

2.1. Respecto de los daños terapéuticos futuros, fijado en la instancia en la suma de pesos doce mil (\$12.000), expresa que el mismo ha de ser aumentado en tanto “se encuentra probado en primer lugar que la actora debe someterse a controles oftalmológicos anuales y lubricación de córnea, por cuanto presenta como consecuencia del accidente un fragmento de vidrio en su ojo izquierdo en forma permanente (ver fs. 601/603).”

“También se ha acreditado que las cicatrices que presenta la actora en su cara sobre todo en el arco superciliar derecho son visibles, por lo que se puede realizar una cirugía plástica para atenuar las mismas, siendo el costo aproximado de \$6.000 (ver fs. 440 y 536vta.).”

Alega que “este valor es dado por el perito médico con fecha 22/11/2012 hace aproximadamente más de 45 meses, lo que con una inflación anual cercana al 35%, resulta a todas luces insuficiente hoy día para afrontar la cirugía reparadora, siguiendo dicho parámetro la misma ascendería a la suma de \$13.875,00.” “A ello corresponde adicionar los controles anuales oftalmológicos a los cuales debe someterse la actora según prescripción médica.”

Expresa que “teniendo en cuenta que la actora a la fecha del accidente tenía 43 años y se estima un promedio de vida para la mujer argentina de 75 años (...)a un valor actual \$500 por control, por este solo ítem los gastos futuros ascienden a la suma de \$16.000 (500x32: \$16.000).”

“Atento la prueba rendida en autos y lo expresado por el perito médico a fs. 585 vta. última parte, la prótesis discal C5C6 se encuentra subluxada, con riesgos de luxación

completa y de provocar complicaciones neurológicas, por lo que se hace necesaria una nueva intervención quirúrgica a fin de reubicar y estabilizar dicha prótesis.”

2.2. Respecto del lucro cesante –por el que se acordó en sentencia la suma de pesos sesenta mil (\$60.000), expresa que “conforme surge de la prueba rendida en autos podemos apreciar claramente que la incapacidad laboral de la actora no quedó circunscripta a 120 días, sino que la misma fue ampliamente superior, razón por la cual este rubro debe ser elevado teniendo en cuenta el período total de inactividad de la Sra. Carranza probado en autos.”

Destaca que “los 120 días informado por el perito se refieren al lapso transcurrido desde la intervención quirúrgica y no desde la fecha de ocurrido el accidente, que como se ha indicado anteriormente por ser una sintomatología permanente le impedía hasta la intervención quirúrgica realizar cualquier tipo de actividad.”

Concluye que “según la pericia médica y sus ampliatorias presentadas en autos se encuentra probado que la actora se vio impedida de realizar cualquier tipo de actividad laborativa desde el mes de octubre de 2009, fecha del accidente, hasta cuatro meses después de efectuada la intervención quirúrgica en su columna en el mes de mayo de 2011, lo que da un total de 24 meses, y no de 120 días como indica el juez de primera instancia.”

Por ello estima “prudente aumentar el rubro lucro cesante a la suma de \$360.000 (24 x \$15.000: \$360.000), modificando así la sentencia apelada.”

2.3. En lo concerniente al rubro daño moral, fijado en sentencia en la suma de \$100.000, expresa: “Considero atento los parámetros personales de la víctima y las lesiones efectivamente sufridas que este rubro debe ser aumentado a la suma peticionada en demanda de \$300.000, y/o a lo que más estime prudente V.S.”

Destaca que la actora “no ha podido trabajar por un lapso aproximado de 24 meses”; “debió ser sometida a una peligrosa cirugía de columna donde les fueron injertadas cuatro prótesis, luego 20 meses de ocurrido el accidente; “su rostro quedó dañado de forma permanente como consecuencia del estallido de vidrios en su cara; “uno de los vidrios todavía permanece en el ojo izquierdo de la actora, y no puede ser retirado por prescripción médica”; “por último ha perdido el 20% de la visión de dicho ojo como consecuencia de lo ocurrido.”

Resalta asimismo que “la sentencia en crisis no ha tenido en cuenta en forma completa e integral la peritación psicológica realizada en autos para determinar el quantum del rubro en crisis como así tampoco ha considerado ciertas cuestiones personales de la actora de autos (v. frs. 530/532).”

Sostiene que “el daño moral padecido, de acuerdo a las circunstancias acreditadas en estos actuados, surge evidente y claro y la cuantía de la indemnización decidida es notoriamente insuficiente para compensar los sufrimientos perfectamente demostrados en la causa.”

Solicita en consecuencia se eleve “la indemnización por el perjuicio moral sufrido por la actora a un monto acorde a la realidad económica actual y a los perjuicios de índole espiritual debidamente acreditados en la causa.”

Formula reserva del caso federal.

III) 1.1. Por una cuestión de orden ha de comenzarse por el primer agravio deducido por la actora.

Conforme quedara expuesto en el capítulo anterior cuestiona la recurrente que el sentenciante no encuentre probada en autos la legitimación pasiva del codemandado Gustavo Juan Záccaro y rechace por tal motivo, la acción a su respecto.

Como se verá a continuación, estimo que en esta parcela del recurso asiste razón a la apelante.

1.2. En efecto, al relatar los hechos en su demanda (v. pto. III a) sostuvo: “La actora había contratado los servicios de Záccaro con el objeto de realizar compras en Buenos Aires, anotándose para el viaje en el local de la empresa de av. 75 y calle 6 de Necochea, y abonando la suma de \$170.- en concepto de tarifa por el viaje ida y vuelta.”

Solicitó la aplicación de la ley de defensa del consumidor (v. pto IV), y concretamente en lo que concierne a este codemandado, dirigió su demanda en los siguientes términos: “b) Gustavo Juan Záccaro: Es la persona con quien Silvia Carranza contrata el viaje a Buenos Aires, quien a su vez reviste la condición de ‘contratante’ en la lista de pasajeros que obra a f. 90 de la causa penal.” (v. fs. 222/242, pto. V LEGITIMACION PASIVA).

Ahora bien, ninguna de estas circunstancias fue negada por el codemandado en su responde (v. fs. 295/297), quien, no sólo se limitó a efectuar una negativa genérica de los hechos no reconocidos expresamente, sino que tampoco brindó su propia versión de los hechos.

Siendo ello así, y de conformidad a lo establecido en el art. 354 inc. 1 del CPC, han de tenerse por reconocidos como verdaderos aquellos hechos pertinentes y lícitos descriptos en la demanda; esto es, que la actora contrató el viaje de compras a la ciudad de Buenos Aires al codemandado Gustavo Juan Záccaro.

Ello, por lo demás, se desprende de la constancia obrante a f. 90 de la causa penal en virtud de la cual se le atribuye tal carácter, sin que ello haya sido tampoco negado por el codemandado, presentándose en consecuencia como evidencia de su participación en el negocio en la forma en que fuera relatada en la demanda.

Tales elementos ponderados en conjunción con la confesión ficta (v. posiciones 3, 4, 5, 6 del pliego obrante a f. 638) y en virtud de lo que a continuación se argumentará, permiten tener por acreditada la legitimación pasiva del codemandado (art. 415 del CPC); quien, como se dijera, no aportó elemento de convicción alguno tendiente a desvirtuar los hechos expuestos por la actora.

1.3. Bajo tal plataforma fáctica entonces, ha de analizarse la responsabilidad del codemandado Gustavo Juan Záccaro por los daños sufridos por la actora en el accidente que motivó el inicio de estas actuaciones, y en este sentido ha de estarse al marco jurídico establecido en la instancia que juzgó alcanzado el contrato de organización de viaje en el régimen establecido por la ley de defensa al consumidor 24.240.

Como es sabido, el artículo 42 de la Constitución nacional, introducido en la reforma del año 1994, garantiza a los consumidores el derecho a la seguridad y protección, aspectos que han sido receptados por la referida ley.

Conforme surge del art. 3 de la Ley de Defensa al Consumidor, la relación de consumo alude a un vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario, que se produce

cuando tiene su fuente en un contrato –oneroso o gratuito- y se da entre un consumidor final (persona física o jurídica) con otra que actúe profesional u ocasionalmente, o sea una empresa productora o prestadora de servicios.

De tal modo no quedan dudas que entre la actora y la codemandada existió una relación de consumo, y por lo tanto debe aplicarse a su respecto el 40 de la LDC, según el cual “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

En efecto, la acreditada participación del codemandado Gustavo Juan Záccaro como organizador del viaje lo coloca en la cadena de provisión del tal servicio en los términos de la norma citada, debiendo responder por el incumplimiento de la obligación de seguridad, en tanto no ha acreditado –ni intentado hacerlo-, que hubiere tenido lugar alguna circunstancia que lo exima de la responsabilidad que se le atribuye. Debe, en consecuencia, responder solidariamente por los daños padecidos por la actora, junto con el resto de los accionados.

En conclusión, el accionado queda alcanzado por el referido plexo normativo y por tal motivo, como se anticipara, correspondía desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva, toda vez que puede afirmarse que el demandado resulta ser un sujeto habilitado para responder en función de la materia de que se trata, o, dicho de otro modo, titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión (conf. Arazi-Rojas, Cód. Proc. Civ. y Com. De la Nac., Rubinzal CULzoni, Santa Fe 2007, T. II, pág. 347).

2. Ello despejado, han de abordarse los agravios deducidos con relación a los rubros indemnizatorios.

2.1. Con relación a los gastos terapéuticos futuros, fijados en la Instancia en la suma de \$12.000.- cuya cuantificación fuera, como ya se dijera, cuestionada por la actora, estimo que cabe acoger el agravio, aunque no en la extensión pretendida por la recurrente.

De manera liminar, y considerando los reclamos que componen el rubro peticionado –controles oftalmológicos y futuras cirugías-, resulta atinado desglosar los importes solicitados.

2.1.1. En lo que concierne a los controles, ha quedado acreditado en autos que a raíz de la presencia de un fragmento de vidrio en el ojo izquierdo de la actora, la misma ha de realizar controles periódicos. Así lo indica el perito oftalmólogo al señalar que “necesita controles anuales y lubricación de la córnea por presentar ojo seco como consecuencia de la herida corneal.” (v. resp. al punto 1 de la parte actora, f. 601).

Coincide también en este aspecto el perito médico quien expresa que “la actora debe continuar con lágrimas y controles oftalmológicos.” (v. resp. al pto. 4, f. 536vta.).

Siendo ello así, y siguiendo el cálculo propuesto por la recurrente, esto es, tomando la consulta profesional a un valor de \$500 y considerando la edad de la actora al momento del accidente (42 años) y hasta los 80 años –conforme dato estadístico de esperanza de vida proporcionado por la O.M.S. (v. <http://www.who.int/countries/arg/es/>-, ha de fijarse el rubro examinado en la suma de PESOS DIECINUEVE MIL (\$19.000); sin que, se aclara, ello viole

el principio de congruencia en tanto el cómputo se efectúa de conformidad a la fórmula propuesta por la actora recurrente, y hasta el tope que al presente indica el señalado dato.

2.1.2. Con relación a las futuras cirugías se advierte que el reclamo efectuado en demanda comprendía “cirugía reparadora a efectos de revisar las cicatrices que quedaron en su rostro y constatar la eventual presencia de otros fragmentos de vidrio y extraerlos”, habiéndose añadido, al expresar agravios y atento la prueba rendida, la solicitud de nueva intervención quirúrgica a fin de reubicar y estabilizar prótesis discal C5C6. (v. pto. III SEGUNDO AGRAVIO, a) Gastos terapéuticos futuros, fs. 696/vta.).

Descartada la necesidad de realizar cirugía tendiente a constatar la eventual presencia de otros vidrios (v. pericia oftalmológica, resp. al pto. 3 f. 602), aparece, por el contrario atendible la cirugía plástica reparadora.

En efecto, dado que “las cicatrices que presenta en la cara, sobre todo en arco superciliar derecho son visibles”, expresa el perito médico que “se puede realizar una cirugía plástica para atenuar las mismas.”, estimando su costo en la suma de \$6.000, “valor este que incluye los honorarios de un cirujano plástico (estas cirugías no las cubren las obras sociales), los derechos quirúrgicos y los controles postoperatorios (v. resp. al pto. 6, f. 536vta.).

Por su parte, en la historia clínica obrante a fs. 405/407 el médico cirujano plástico, Dr. Carlos R. Rodríguez, expresa: “Teniendo en cuenta que las cicatrices en general, maduran en un tiempo variable entre los 6 y los 12 meses, dado su ubicación en un lugar visible es recomendable la revisión quirúrgica de las mismas, con anestesia general, después de por lo menos 6 meses desde el accidente.” (v. fs. 405/407).

Tal intervención fue presupuestada por dicho profesional en la suma de pesos cinco mil doscientos (\$5.200) (v. f. 11) y por el perito médico en la suma de PESOS SEIS MIL (\$6.000.-), valor éste último tenido en cuenta por el sentenciante.

Ahora bien, como se sabe, en materia de daños y perjuicios las deudas poseen una naturaleza especial pues son de las llamadas deudas de valor, que deben justipreciarse al tiempo del dictado de la sentencia y traducirse en dinero por resultar éste el medio de pago (conf. este tribunal, expte. 10168, reg. int. 97 (S) 10-09-2015; íd. expte. 10160, reg. int. 136 (S) 17-12-2015, entre otros).

Siendo ello así, y considerando que el costo de la referida cirugía fue estimado con fecha 22-11-2012 (v. resp. al pto. 6 de la parte actora, dictamen pericial obrante a fs. 536/537vta.), propicio acoger el agravio, y fijar el rubro en el importe estimado por la recurrente en su agravio en la suma de PESOS TRECE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$13.875.-), por resultar acorde a los costos actuales en razón del tiempo que transcurriere desde la estimación pericial.

Por último ha de analizarse el reclamo introducido a f. 696vta., a raíz de la ampliación de pericia obrante a fs. 585/vta. que da cuenta que la ubicación de la prótesis discal del C5C6 se encuentra subluxada, con riesgo de luxación completa y provocación de complicaciones neurológicas que llevan al profesional médico a indicar la necesidad de practicar una nueva intervención quirúrgica a fin de reubicar y estabilizar dicha prótesis.

Esta pretensión no obstante que no se la nomine, configura la introducción de un hecho nuevo contenido en la expresión de agravios que resultó temporáneo (art. 255 CPC) y



que quedara comprendido en el traslado de la misma, y respecto del cual se expidiera la contraparte solicitando su rechazo, en virtud de dos razones.

Así sostiene este que: “En primer lugar, si hubiera sido realmente necesaria, debería haberlo acreditado en el juicio, ya que se hubiera tratado de un hecho sobreviniente a la demanda. Ninguna credibilidad existe sobre la necesidad de esa intervención quirúrgica, por lo que nada justifica que se lo indemnice por ello.”

Al respecto ha de señalarse que contrariamente a lo que sostiene el demandado, la mentada subluxación quedó dictaminada a f. 538vta. con la opinión del experto que acompañara entonces placa radiográfica con dos exposiciones que así lo exhiben, lo cual es reiterado en la ampliación de fs. 585/vta. Tal lesión sobreviniente, advertida por el experto no fue observada ni contradicha por la parte (v. fs. 594/vta.), quedando de ese modo no sólo acreditada sino incontrovertida.

Como se ha dicho “Si el hecho nuevo está relacionado con las consecuencias producidas por el hecho ilícito –conexión causal adecuada- que autoriza al damnificado a ser resarcido integralmente por tratarse de un cuasidelito, como ocurre con el aumento de la incapacidad del damnificado, al haber aparecido como hecho sobreviniente nuevos síndromes y otras circunstancias que llevan a incrementar el monto del daño resarcible, debe tenérselo en cuenta a tal efecto (Cám. Nac. Civ. sala F, 20-5-69, La Ley, v. 136, p. 956, cit. por Morello-Sosa Berizonce, Códcs. Procs. Civ. y Com. de la Pcia. y de la Nac., T. III pág. 325).

En otros términos, la circunstancia de no haber hecho mención de manera expresa a que se tratara de la introducción de un hecho nuevo no le quita tal carácter ya que lo que importa no es tanto el nomen iuris sino la claridad de su pretensión, habiéndose lo introducido de manera temporánea y habiendo tenido oportunidad de ser oída la contraparte y siendo en el caso además que el mismo no necesitaba abrirse a prueba, atento surgir de las constancias de autos y consentida tácitamente su existencia en el curso del proceso.

Como enseña Zavala, “...la inclusión en la litis de agravaciones o modificaciones del daño, imprevisibles al tiempo de la demanda, consulta el principio de economía procesal. Por tanto, debe propiciarse al respecto una solución favorable, si es legalmente posible y en tanto y en cuanto se confiera al demandado adecuado margen de refutación y de prueba adversa.” (Resarcimiento de daños. 3 El proceso de daños, Hammurabi, 1993, pág. 264).

Sí, en cambio, ha de recogerse el cuestionamiento subsidiario obrante a fs. 704 en lo que respecta a su cuantificación.

En tal contexto, y no contando en autos con elementos que permitan establecer el costo de dicha cirugía, propicio acoger la indemnización en tratamiento (art. 1083, 166 inc. 5 inc. 5 2do. párr. CPC), difiriendo su cuantificación para la etapa de ejecución de sentencia, en la que la actora deberá concretar el referido importe (arts. 166 inc. 7, 497, 501 y concs. CPC), de modo que la indemnización se adecue a las especiales circunstancias del caso (conf. Zavala de González, Resarcimiento de daños 3, El proceso de daños, Hammurabi, Sentencias de objeto determinado y sentencias de condena genérica, pág. 254).

En conclusión, habiendo quedado acreditada su necesidad y costos –con la salvedad recién apuntada-, cabe acoger la indemnización reclamada en concepto de gastos terapéuticos futuros; lo que ponderado a esta época y teniendo en cuenta la reserva que se ha hecho de lo que en más o menos resulte (v. demanda, pto. VII DAÑOS RECLAMADOS. 2 GASTOS

TERAPEUTICOS FUTUROS, fs. 231vta./232) ha de fijarse en la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$32.875), a lo que deberá añadirse, en la etapa de ejecución de sentencia, el costo de la intervención quirúrgica referida en el párrafo anterior, previa sustanciación a los fines de determinar su importe.

2.2. Cabe seguidamente ingresar al análisis del rubro lucro cesante, cuyo monto fijado en la Instancia en la suma de PESOS SESENTA MIL (\$60.000), fue objeto de agravio por ambos recurrentes.

2.2.1. En primer lugar, y atento el cuestionamiento de la actora, ha de establecerse desde cuándo el experto calculó el período de inactividad de 120 días al que se hace referencia en la sentencia.

Al respecto estimo que asiste razón a la recurrente en cuanto fija el inicio a partir de la intervención quirúrgica realizada con fecha 19 de mayo de 2011.

En efecto, ello así surge de las explicaciones vertidas por el perito médico a f. 597 y se corrobora con la historia clínica obrante a f. 444.

Ello no obstante, no puede soslayarse que al incoar la demanda y sin que ello se pueda suplir con el giro habitual 'de lo que en más o menos resulte', reclama por 22 meses de lucro cesante, dando por sentado que para el momento de la interposición de la misma (14-07-2011) y no agosto de 2012 como afirma ahora, el término de inactividad laboral ya se había cumplido en tanto expresamente afirma "la actora se vio impedida de realizar sus labores habituales de masajista y depiladora durante un lapso de 22 meses aproximadamente...", (v. pto. VII DAÑOS RECLAMADOS. 3) LUCRO CESANTE, F. 232).

La utilización del tiempo pasado en el verbo 'ver' no puede indicar otra cosa que al menos al día de la interposición de la demanda (14-07-2011, v. cargo obrante a f. 242), dicha inactividad laboral había sido superada, con lo que en definitiva no se le puede conceder más que veintiun meses y un tercio de inactividad.

2.2.2. Sentado ello y dándose respuesta al agravio deducido por la aseguradora recurrente (v. PRIMER AGRAVIO b), no habiéndose acreditado debidamente las ganancias, ha de recurrirse de manera análoga a las escalas salariales de la Convención Colectiva de Trabajo N° 467/06, último dato disponible de la Federación Nacional de Trabajadores de Peluquería, Estética y Afines (FeNTPEA) que fija el mínimo garantizado tanto para depiladora como masajista en la suma de PESOS ONCE MIL TRESCIENTOS NOVENTA (\$11.390).

Como sostiene Zavala de González (Tratado de daños a las personas. Disminuciones físicas 1, ed. Astrea, 2009, pág. 427): "En conexión con el daño material futuro por incapacidad, pero en doctrina extensible a lucros cesante por invalidación provisional hasta la curación, se ha recurrido analógicamente a lo que percibe quienes desempeñan la misma actividad de la víctima, pero en relación de dependencia: 'Para el cálculo del lucro cesante por incapacidad correspondiente a un oficial especializado en la construcción, debe adoptarse la remuneración que percibe un operario en dicha categoría la cual, según informa la entidad que nuclea a tales trabajadores, nunca es inferior en los hechos a determinadas sumas y muchas veces las supera, aunque exceda el mínimo obligatorio. Y así procede aunque el accionante no trabajara en relación de dependencia (TS Córdoba, Sala Civ.Com., 4-6-97, en Zavala de González, Doctrina Judicial. Solución de casos, t. 6, p. 33)".

En conclusión y atento lo hasta aquí expuesto, ha de modificarse el importe establecido en concepto de lucro cesante y fijarlo en la suma de PESOS DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$242.986.66), importe que resulta de la sumatoria de PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA, por los 21 meses de inactividad, más la suma de PESOS TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON SESENTA Y SEIS (3.796.66) por la fracción fijada precedentemente.

2.2.3. Aquí nuevamente por tratarse de deuda de valor, su estimación ha de efectuarse a esta época y sin que ello tenga el efecto que introduce la citada en garantía con relación a los intereses.

En efecto, ha de tenerse presente que la Suprema Corte de Justicia Provincial, en un caso análogo en el que se planteaba agravio por la configuración de una doble actualización al aplicar el salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la sentencia y la tasa de interés bancaria retroactivamente al momento del hecho, sostuvo: “Finalmente, respecto de la pretendida doble actualización que importaría adicionar a la incapacidad psicofísica determinada al momento de la sentencia una tasa bancaria desde la fecha del hecho, el embate tampoco puede prosperar (art. 279, C.P.C.). Ello pues los intereses moratorios no constituyen un modo de actualización del capital sino que buscan resarcir el daño que al actor ocasiona el incumplimiento del deudor y poseen como causa la privación al dueño del capital que el deudor no tiene derecho a retener (conf. Llambías, Jorge J; Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. II-A, Ed. Perrot, Bs. As., 1994, pág. 205). En ese sentido, el interés previsto en el art. 622 del Código Civil posee un reconocimiento ipso iure como reparación debida por la indisponibilidad del dinero durante el tiempo de mora, que en autos fue establecido a partir del evento dañoso, sin que sea necesaria la demostración del perjuicio sufrido por tal incumplimiento.” (C. 116.930 “Padín Martín Aníbal contra Municipalidad de Olavarría. Daños y perjuicios”, 10-08-2016).

Se aclara así, que los intereses fijados en la instancia correrán desde la fecha en que se produjo cada uno de los perjuicios tratados que no coincide necesariamente con la fecha del hecho.

2.3. 2.3. En lo concerniente al daño moral, de cuya cuantificación se agravan ambos recurrentes, estimo que ha de acogerse el agravio deducido por la actora.

Al respecto ha de tenerse presente que como tiene dicho la Suprema Corte de Justicia Provincial, “basta para su admisibilidad la certeza de que existió, ya que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica –daño ‘in re ipsa’-, incumbiéndole al responsable del hecho acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya toda posibilidad de daño moral” (Ac. 78280 S, 18-6-2003) (en idéntico Cám. Civ. Com. y de Gtías. en lo Penal de este Departamento Judicial, expte. 1607 y sus acumulados; reg. int. 111 (S) del 19/11/96; íd. expte. 7060, reg. int. 77 (S) del 24/8/06; íd. reg. int. 120 (S) del 29/11/07; este trib. expte. 60 reg. int. 12 (S) 4-11-2008).

Debe asimismo tenerse en cuenta que “la indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho; y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes, que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados

afectos" (SCBA, Ac. 40.082, sentencia del 9-V-89; íd. Ac. 79922 S 29-10-2003, JUBA, sum.B 14058).

En el caso ha quedado acreditado que a raíz del accidente la actora presentó "trauma facial y cervical, herida cortante en párpado superior derecho, labio superior, surco nasogeniano, mentón, nariz, pómulo derecho. Se le extrajeron tres vidrios del ojo derecho y seis del ojo izquierdo, uno de los cuales provocó herida penetrante, por lo que debió suturarse la córnea; habiendo quedado fragmentos de vidrios (v. historia clínica del Hospital Ramos agregada a fs. 484/497, y pto. 1 de la pericia médica obrante a fs. 536/537vta.).

Conforme señala el experto "la actora presenta cicatriz vertical, quirúrgica, de 6 cm. de longitud, en la cara anterior del cuello, la cual fue hecha como vía de abordaje para la artrodesis y reemplazo discal en la columna cervical y cicatriz quirúrgica de 5 cm. de longitud sobre cresta ilíaca derecha, lugar donde se le extrajeron los injertos, para ser colocados en el espacio intervertebral que fue artrodesado." (v. resp. al pto. 5).

Destaca asimismo que "las cicatrices que presenta en la cara, sobre todo en arco superciliar derecho son visibles." (v. respuesta al pto. 6).

Ha quedado también acreditado que "de acuerdo a la historia clínica que se encuentra a fojas 444, que tiene la firma del Dr. Hernández Rubio, la actora presentaba cervicobraquialgia y parestesias hacia el brazo izquierdo, sintomatología que era causada por la hernia de disco en C3C4C5C6 con osteofitos que estrechan el canal, no mejoró con tratamiento médico y kinésico. Dicha sintomatología era permanente, por lo que le impedía la realización de todo tipo de actividades, incluso no mejoraba con ningún tratamiento, debido a lo cual debió ser intervenida quirúrgicamente." (v. resp. al pto. 11). En dicha operación, realizada en el mes de mayo de 2011, "se le realizó una artrodesis del espacio C4C5 y se le reemplazaron los discos intervertebrales C3C4 y C5C6. (v. ampliación de pericia médica, fs. 585/vta. e historia clínica de f. 444).

Ha de ponderarse asimismo que conforme surge de dicha ampliación, el profesional estima necesario realizar una nueva intervención quirúrgica a fin de reubicar y estabilizar la prótesis discal del C5C6, que se encuentra subluxada; así como la cirugía estética recomendada por los profesionales (v. resp. al pto. 6 y e historia clínica expedida por cirujano Dr. Carlos R. Rodríguez de f. 405).

En tal contexto, atento la edad de la actora (42 años al momento del hecho) y considerando el período que insumió su recuperación hasta volver a sus actividades en forma normal, estimado por el experto en 120 días, estimo adecuado elevar la indemnización a la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000.-) (arts. 1078 Cód. Civ; 375, 384, 457, 474 CPC); sin que la crítica traída por la aseguradora deba ser atendida, en tanto se advierte que al momento de cuantificar el rubro el sentenciante consideró "las lesiones soportadas, la intervención a la que fue sometida, el tiempo de recuperación que la accionante ha debido afrontar y los padecimientos sufridos", lo que descarta –como aduce– que el importe no se encuentre fundamentado en la instancia.

3. Atento la forma en que se resuelven los recursos, propicio imponer las costas –en ambas instancias– a los demandados vencidos (art. 68 CPC).

Por las consideraciones expuestas y con las modificaciones apuntadas, a la cuestión planteada voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

Corresponde confirmar la sentencia de fs. 640/649vta. con las siguientes modificaciones: 1. Desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado Gustavo Juan Zaccaro, haciéndose lugar a la demanda entablada en su contra; 2. Modificar los importes fijados en la instancia de los siguientes rubros indemnizatorios: 2.1. Los gastos terapéuticos futuros se fijan en la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$32.875), importe al deberá añadirse, en la etapa de ejecución de sentencia, el costo de la intervención quirúrgica, previa sustanciación a los fines de determinar su importe; 2.2. La indemnización por lucro cesante se establece en la suma de PESOS DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$242.986.66.-); 2.3. Y el daño moral, que se eleva a la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000.-), debiendo en consecuencia los demandados abonar a la actora la suma total de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UNO CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$440.861,66), con más el monto a discernir según lo fijado en el punto anterior 2.1. y los intereses que se calcularán respecto de los rubros aquí tratados del siguiente modo: 3.1. Los correspondientes al lucro cesante desde el día siguiente al vencimiento de cada uno de los períodos mensuales considerados; 3.2. El daño moral, desde el día del hecho, esto es el 05 de octubre de 2009; 3.3. Los gastos terapéuticos futuros, en su caso, desde la mora en el cumplimiento de la condena.; con costas en ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 CPC); difiriéndose la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que obren en autos pautas para tal fin (art. 31 dec. Ley 8904/77).

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**SENTENCIA**

Necochea, de diciembre de 2016.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se confirma la sentencia de fs. 640/649vta. con las siguientes modificaciones: 1. Se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado Gustavo Juan Zaccaro, haciéndose lugar a la demanda entablada en su contra; 2. Se modifica los importes fijados en la instancia de los siguientes rubros indemnizatorios: 2.1. Los gastos terapéuticos futuros se fijan en la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$32.875.-), importe al deberá añadirse, en la etapa de ejecución de sentencia, el costo de la intervención quirúrgica, previa sustanciación a los fines de determinar su importe; 2.2. La indemnización por lucro cesante se establece en la suma de PESOS DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$242.986.66.-); 2.3. Y el daño moral, que se eleva a la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000.-), debiendo en consecuencia los demandados abonar a la actora la suma total de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UNO CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$440.861,66.-), con más el monto a discernir según lo fijado en el punto anterior 2.1. y los intereses que se

calcularán respecto de los rubros aquí tratados del siguiente modo: 3.1. Los correspondientes al lucro cesante desde el día siguiente al vencimiento de cada uno de los períodos mensuales considerados; 3.2. El daño moral, desde el día del hecho, esto es el 05 de octubre de 2009; 3.3. Los gastos terapéuticos futuros, en su caso, desde la mora en el cumplimiento de la condena; con costas en ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 CPC); difiérese la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que obren en autos pautas para tal fin (art. 31 dec. Ley 8904/77). Devuélvase juntamente con los autos "Carranza Silvia Gloria s/Beneficio de Litigar sin gastos", expte. 36686 en un cuerpo y 60 fojas; autos Valdés, Romina Magalí c/Valdés, Miguel Angel s/Alimentos, expte. 31121 y causa N° 37.987 "Sosa Héctor Orlando y Zaccaro Gerardo Alberto s/Art. 94 C.C." en un cuerpo y 162 fojas. Téngase presente la Reserva del Caso Federal. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria