

**"ENRIQUEZ MANUEL ALEJANDRO C/ CENCOSUD SA S/  
DAÑOS Y PERJUICIOS"**

**Causa N° MO-36969-2011 R.S. /2020**

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 27 de Febrero de 2020, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores Jose Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda**, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ENRIQUEZ MANUEL ALEJANDRO C/ CENCOSUD SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Causa N° MO-36969-2011, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-JORDA**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

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

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

**V O T A C I O N**

**A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo:**

**I.- Antecedentes**

1) La Sra. Jueza Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 9 Departamental a fs. 650/662vta. dictó sentencia haciendo lugar a la demanda en los términos que de allí surgen.-

2) Contra tal forma de decidir se alzaron la actora, la demandada y la citada en garantía, interponiendo recurso de apelación; recursos que fueron concedidos, libremente, a fs. 663, 669 y 673.-

Llegados los autos a la Alzada, la actora desiste de su recurso, lo que fue tenido presente a fs. 680.-

La demandada lo funda con la expresión de agravios (electrónica) presentada el día 11 de Septiembre de 2019, que mereció el responde de fs. 691/6.-

La citada en garantía fundó su apelación con la expresión de agravios (también electrónica) presentada el día 30 de Septiembre de 2019, que fue replicada a fs. 684/689vta.-

3) A fs. 699vta., se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

**II.- Las quejas**

Ambas apelantes se quejan, por los motivos que brindan de la atribución de responsabilidad; a su vez, la demandada cuestiona los montos fijados, los que también son objetados por la citada en garantía, al igual que la tasa de interés aplicada.-

A los términos de la fundamentación recursiva cabe remitirse *brevitatis causae*.-

### **III.- La solución desde la óptica del suscripto**

De todo comienzo, debo señalar que -desde mi punto de vista- ambas expresiones de agravios satisfacen las exigencias del art. 260 del CPCC, por lo que no habrá de prosperar el pedido de deserción que se formula.-

En orden a dar respuesta a los agravios, y como son varios los tópicos que se someten a nuestro conocimiento y decisión (art. 266 *in fine* CPCC), iré fraccionando mi razonamiento para dotarlo de toda la claridad expositiva que sea menester.-

Ello no sin señalar que, tal como lo ha indicado la Sra. Juez de Grado -ver fs. 652- (y no ha sido objeto de cuestionamiento alguno), el presente caso ha de resolverse de conformidad con la preceptiva vigente al momento de acontecer los hechos (art. 7 CCyCN, y su doctrina).-

#### **a) La atribución de responsabilidad**

Objetan las quejas lo resuelto en el punto, y sus cuestionamientos se enfocan, mayormente, a la acreditación del hecho dañoso.-

Sentado ello he de recordar que, al votar en un caso con cierta analogía respecto del presente (causa nro. 42.283 R.S. 200/00), sostuve que "*es dable recordar que el art. 1113 del Cód. Civil ha estatuido en su segundo párrafo que: "... En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; **pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...**".*

*Es de toda evidencia, y así surge del relato de los hechos afirmados por la accionante, que se ha invocado que el daño ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, y en tal sentido se ha sostenido que **el vicio de la cosa radica en una mala calidad o defecto que la tornan impropia para una utilización inocua para los demás**; que nadie puede usar cosas que tengan vicios o defectos*

susceptibles de dañar a terceros, y que cuando alguien causa un perjuicio por razón del vicio que tiene la cosa de que se sirve debe reparar ese daño, pues ha resultado el causante indirecto de ese mal ajeno; **y en cuanto a la noción de los daños causados por el riesgo de la cosa**, si bien no hay uniformidad sobre la conceptualización de tal acepción, **siguiendo a Llambías podemos definirla como el que deriva de la acción causal de una cosa, sin que medie autoría humana, y que actúan dos elementos; uno positivo y otro negativo; el primero radica en la eficacia causal de la cosa con respecto al daño, y el segundo viene a ser la causa del daño reside en la acción de la cosa, falta necesariamente la autoría del hombre y recíprocamente con respecto al daño** (Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil anotado", Hechos y actos jurídicos-actos ilícitos, t. II-B, p. 464 y sigtes.

Para que su acción fuera procedente, y como requisito de admisibilidad de la prueba de la responsabilidad, deberá demostrar:

- 1) La ausencia de autoría humana con respecto a la acción de una cierta cosa que no es dable calificar como hecho del hombre o acto;
- 2) el daño sufrido por el demandante pretensor de la indemnización;
- 3) la relación de causalidad entre la acción de la cosa y el daño del que se queja el demandante y 4) la calidad de dueño o guardián de la cosa en el demandado; y en tal razonamiento entonces, **al actor le incumbe acreditar la existencia del daño, la conexión causal entre la cosa y el daño, y la calidad de dueño o guardián de dicha cosa en el demandado.**

Algunos han opinado que al damnificado que quiera ubicar su demanda bajo este régimen le basta establecer la relación de causalidad entre la cosa y el daño, lo cual demuestra también el riesgo de la cosa (López Olaciregui), mientras que otros, como Mosset Iturraspe, han afirmado que la víctima debe demostrar que el daño ha sido causado por el riesgo de la cosa, que es el significado de peligro latente en ellas, aunque se les ha contestado -autores como Salas- la equivocación de tal afirmación, pues la responsabilidad por riesgo es independiente de toda atribución de culpa.

Pero es dable destacar que hay uniformidad de criterio en la doctrina en cuanto a que la ley ha establecido el fundamento objetivo de tal responsabilidad y que la misma es ajena a la idea de culpa de la que se ha prescindido.

*Y por último, es necesario poner de resalto que a los efectos de poder eximirse de responsabilidad o romper la relación causal, al demandado le cabe demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, o que la cosa hubiese sido usada en contra de su voluntad, o hubiere ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor (cfr., entre otros: Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de la Cosa", ps. 442 y sigtes)".-*

Sobre este piso de marcha vamos al caso.-

Sintéticamente podemos decir que la parte actora achaca responsabilidad a la demandada sosteniendo que, en ocasión de hallarse haciendo compras en su establecimiento, un rollo de cadena de acero se precipitó desde la estantería sobre su cabeza, produciéndole lesiones (ver fs. 102vta. y siguientes).-

Destaco, aquí, que el relato de los hechos ha sido bien preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales esto habría acontecido como para permitirle a la demandada expedirse a su respecto y analizar (internamente) los elementos con los que pudiera contar para dilucidar lo acontecido.-

Pues bien, sucede que, al venir al proceso la demandada, reconoce que el actor estuvo en el local de su parte "al igual que sufrió un accidente" (fs. 145); luego afirma que se lo acompañó a enfermería donde se constató la existencia de un traumatismo de cráneo; aunque, se dice también, respecto de la causa del accidente no se tiene mas que los dichos del actor, por lo que se niega que haya caído sobre su cabeza una bobina de cable de acero.-

La citada en garantía por su parte adhiere al responde de la demandada (ver fs. 216vta.).-

Es hora de dirigir la mirada al plexo probatorio.-

Ello no sin antes advertir que he de analizar los elementos de prueba de acuerdo a la regla de la sana crítica, haciendo mención o poniéndose énfasis sólo en aquellos que sean esenciales para formar mi convicción (conf. arg. Art. 384 del Cód. Procesal), y/o como ha dicho nuestro mas Alto Tribunal que "*como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO en lo más fehaciente*" (conf. SCBA, DJBA, t. 36, págs. 393 y 471, autos "Emmi c/ Carnevale, Agosto/53.-

En el caso, tenemos algunos elementos fundamentales.-

Contamos con varias declaraciones testimoniales.-

Destaco, de todo comienzo, que no podemos computar la declaración de Insaurrealde, dada su reconocida condición de cónyuge del accionante (ver fs. 452); en tal contexto, la testigo encuadra en la regla del art. 425 del CPCC, tratándose de una testigo excluida.-

Viene cierto que, a la luz de la doctrina del "testigo necesario", si se tratara de un elemento esencial para resolver la controversia, podría analizarse la constitucionalidad de la preceptiva del art. 425 en cuestión; pero aquí no ha mediado planteo en tal sentido y, como luego lo señalaré, los restantes elementos de convicción arrimados a la causa son suficiente para expedirse sobre el reclamo actoril, con lo cual podemos prescindir de la extrema sanción que implicaría la declaración de inconstitucionalidad.-

Además de los dichos de Insaurrealde, tenemos otros dos testigos.-

Ibarra (fs. 440/1) quien relata que trabajaba como remisero y que el día 21 de Noviembre de 2009 retiró al actor de establecimiento de la demandada y lo llevó al Hospital; relata haberlo visto mal, mareado y golpeado. Describe como, posteriormente, lo llevó a otras instituciones médicas, indicando -incluso- que lo vio con un cuello ortopédico.-

Gimenez (fs. 450/vta.) que es conocida de la familia del actor, describe haberlo visto el 21 de Noviembre de 2009 en Plaza Oeste junto con su familia; dice que el accionante no le pudo hablar, que lo vio confundido, con la mano en la cabeza, que tenía como un golpe y un corte.-

Ambos testigos relatan, por lo demás, lo que les mencionaron tanto el actor como su esposa acerca del hecho.-

Aquí cabe hacer un alto para señalar que, si bien en los agravios las quejas introducen algunas cuestiones vinculadas a los dichos de estos testigos, no surge que hubieran comparecido al momento de las audiencias en las que prestaron declaración, como para formularles algún tipo de interrogatorio (art. 440 CPCC); ni tampoco que, en tiempo propio, hubieran acudido a la vía del art. 456 del CPCC.-

Ahora bien, y llegado este punto, he de señalar también que lo dicho por los testigos puede correlacionarse con las, irrefutadas (art. 401 del CPCC), constancias médicas que se han glosado al expediente y que dan cuenta de la atención del actor -con

contemporaneidad al hecho denunciado y por un traumatismo de cráneo, con escoriaciones en el cuero cabelludo- tanto en el Hospital Municipal (ver fs. 413) como en el sanatorio Franchin (ver fs. 294 y siguientes).-

Además, las constancias de esta última institución hablan del tratamiento posterior, al igual que el informe de la Obra Social para el personal de la construcción (ver fs. 275/6).-

Es tiempo de detenernos para ver qué tenemos hasta aquí.-

Tenemos que el actor relata haber sufrido un accidente en el establecimiento de la demandada; tenemos que, el día de los hechos, una persona relata haberla llevado desde el establecimiento de la demandada hasta un nosocomio; describe haberlo visto con algún tipo de daño físico, y lo mismo relata otra testigo.-

Tenemos, además, que existen constancias médicas que dan cuenta de que el actor, el día que denuncia acontecidos los hechos, fue atendido por un traumatismo de cráneo con escoriaciones en el cuero cabelludo.-

Tenemos, finalmente, que luego del hecho, el actor prosiguió un tratamiento por esta patología.-

¿Y qué mas?

Pues que la demandada ha reconocido, expresamente, que el día de los hechos existió un accidente.-

En verdad, sus afirmaciones en este sentido se han presentado con cierta variedad de matices, porque primero reconoce la existencia de un accidente, aunque mas adelante nos habla de la presencia del actor en la línea de cajas que decía haber sufrido un accidente, incluso allí se dice que se lo acompañó a la enfermería donde se constató el traumatismo de cráneo (ver fs. 145).-

De este modo, el traumatismo del que nos hablaron los testigos y las constancias médicas, es también reconocido por la propia accionada.-

Ahora, y como quiera que esto sea, hay una circunstancia mas a tener en cuenta.-

Es indudable que el presente queda atrapado por la normativa (de orden público) que protege a usuarios y consumidores (art. 42 Const. Nac., Ley 24.240) pues nadie discute que el accionante se hallaba en el establecimiento de la accionada realizando algunas compras.-

Luego, y sobre este piso de marcha, deviniendo aplicable el ordenamiento consumeril, entra en juego el art. 53 de la LDC el cual, en su parte pertinente, indica que "**...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio**" y el incumplimiento de dicho deber de colaboración genera una fuerte presunción en contra del demandado (esta Sala en causa nro. 68323 R.S. 24/14, entre otras).-

En tal contexto, no puedo dejar de resaltar la extrema facilidad probatoria de la demandada: bien pudo intentar algún aporte (testimonial, de sus empleados o incluso filmaciones de seguridad) para derribar la versión de actor y ni siquiera lo intentó.-

Podía haber aportado algo, **pero no trajo absolutamente nada.**-

Por el contrario, permanece en la quietud probatoria esperando que sea la víctima (a quien ella misma reconoce dañada el día de los hechos) quien aporte elementos de convicción directos, que muchas veces son de difícil (o casi imposible) recolección para una persona que ha padecido un daño físico, en un momento y lugar determinado.-

Mas aun: cuando le son requeridas las constancias vinculadas a la atención del actor en la enfermería (recordemos que ella misma la había reconocido) dice no poder encontrarlas (ver fs. 516).-

Con estos elementos, y en el singular contexto probatorio de autos, creo que está suficientemente acreditado que, el día de los hechos, el actor sufrió un daño en el establecimiento de la demandada; e, indiciariamente (art. 163 inc. 5 del CPCC), podemos tener por demostrado (atento la índole de las lesiones) que ello sucedió en la forma relatada en el escrito liminar.-

Siendo fundamental, incluso, para llegar a esta conclusión la total ausencia probatoria de la parte demandada (y su aseguradora) que genera, en mi concepción, una severa presunción en su contra.-

Y quede en claro que, en el sistema del art. 1113 en el que quedó subsumido el caso, no es la víctima quien debe acreditar la mecánica del hecho (Corte Sup., 23/11/2004, "Pachilla, Hugo A. v. Transportes Metropolitanos", DJ 2005-1-1021) sino que, satisfechas

las exigencias probatorias que sobre ella pesan y que ya he puntualizado, queda a cargo del legitimado pasivo la acreditación de alguna de las eximentes, lo que aquí no ha sucedido.-

Entiendo entonces que, a la luz de lo expuesto y a tenor de lo establecido por el art. 1113 2° p. parte final del Código Civil, el fallo apelado -en cuanto consagra la responsabilidad exclusiva de la demandada- debe confirmarse.-

Llegado este punto, puedo proseguir con las restantes quejas.-

#### **b) Incapacidad física**

Los \$120.000 fijados en el punto, merecieron el embate de la demandada y su garante.-

Dicho esto, y comenzando a abordar el punto, es entonces tiempo de recordar -en cuanto a la incapacidad física- que, en mi concepción, la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. "Resarcimiento de daños", t. 2da..Daños a las personas:, pág. 71 y sgs.).-

La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. Const. Nac., 89 del C. Penal, 1086 y ccs. del Código Civil).-

Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa nro. 30.973, R.S. 389bis/1993).-

En lo que hace a la cuantificación cabe recordar que, tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa nro. 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suares), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus

circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de un margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).-

También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. S.C.B.A., Ac. y Sent. 1972, t. I, pág. 99; 1974 t. I, pág. 315; 1975 pág. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos -prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso- (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, pág. 137).-

Por otra parte, cabe recordar que esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.-

Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirieron los otros vocales integrantes de la misma en la causa nro. 37.152, R.S. 359/97 -entre otras-, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y

pruebas en cada caso en particular, no obstante y reiterando, tal base de cálculo se hace tomando como base objetiva el punto de incapacidad en la suma que corresponda; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría en inequitativo.-

Hasta el momento, el valor referencial utilizado era el de \$15.000 (quince mil pesos) por cada punto de incapacidad.-

Con todo, ponderando la evolución y situación de la economía nacional desde que comenzamos a utilizar dicha pauta hasta este momento, como así también el contexto de los indicadores actuales e incluso el nuevo criterio que hemos de aplicar para el cómputo de los accesorios (conforme ya lo indicaré en el punto pertinente de este voto), entiendo que el valor referencial que corresponde empezar a utilizar es el de **\$25.000 (veinticinco mil pesos)** por cada punto de incapacidad; ello, claro está, adecuándolo a las diversas variables que el caso concreto ofrezca.-

En este sentido, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del "calcul au point" no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse -y exteriorizar en la motivación del fallo- un punto de partida objetivo, adecuado, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 7/4/2010).-

De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado -valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia- con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecúe a las circunstancias del caso (art. 165 CPCC) y respete el principio de integralidad (art. 1083 del C. Civil).-

Ahora bien, lo primero que debería definirse es la entidad del menoscabo.-

En el caso, tenemos que -además de las constancias médicas ya aludidas- se ofreció en autos prueba pericial médica (fs. 571/4).-

Es momento de recordar, en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que

arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III, 396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).-

Recuérdese, además, que esta Sala ha puesto de manifiesto -reiteradamente- que "tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria" (causa nro. 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa nro. 35.173, R.S. 114/96, entre otras) y que las discrepancias técnicas de las partes con las conclusiones del experto designado no son -por si solas- elementos suficientes para apartarse de lo dicho por el experto (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.; esta Sala en causa nro. 48.539, R.S. 472/05, entre otras).-

Aquí el experto nos habla de una **cervicalgia post traumática**, con una incapacidad parcial y permanente del **5%**, detallando los padecimientos concretos que ello le produce.-

Acerca de este dictamen, la citada en garantía formuló el pedido de explicaciones de fs. 587/8 y, cualquiera sea el acierto de tal forma de decidir, fue declarada negligente en su impulso (ver fs. 594).-

Con lo cual, habiendo dejado pasar la oportunidad idónea (art. 473 del CPCC) es tardío que venga, en sede de agravios, a pretender introducir cuestiones vinculadas con la valoración del dictamen pericial, cuando el mismo emana de profesional competente, es concordante con las restantes pruebas emergentes de la causa y no existen elementos (objetivos) que ameriten un apartamiento de la opinión brindada por el experto (arts. 384 y 474 del CPCC).-

Así las cosas, definida la entidad del menoscabo incapacitante, debemos conjugarla con las específicas circunstancias del caso; aquí el actor es una persona de sexo masculino, contaba con 33 años de edad al momento del hecho, trabajaba en el rubro de la construcción (donde, como es lógico, es factor fundamental el estado físico) y su condición socio económica surge de las piezas de fs. 43, 54 y 81 de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos.-

Por lo expuesto precedentemente, contextualizando todo ello con el porcentual de incapacidad referido (5%) y las pautas (referenciales) de tarificación económica, tengo para mi que la suma

fijada no se perfila en modo alguno elevada, por lo que -no habiendo recurso de la actora- habré de promover su confirmación.-

**c) Daño psíquico**

Se quejan las apelantes de las sumas fijadas en esta parcela.-

Cabe entonces recordar que el daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral.-

Las alteraciones o secuelas en dicha esfera, sean totales o parciales, son indemnizables cuando derivan en una incapacidad, pues toda disminución de la integridad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse, a la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que por sí constituye un daño resarcible (el suscripto en causa 28.511 R.S. 89/1.992, entre muchas otras).-

Su análisis se da en el contexto del llamado daño material, y no del daño moral, no implicando un tercer género, sino un desglose práctico que apunta a una mejor tarifación del daño derivado del hecho.-

Sentado ello, aquí tenemos una prueba pericial llevada a cabo por una experta de la materia (perito psicóloga) que obra glosada a fs. 381/390, pidiendo explicaciones la citada en garantía a fs. 493/497vta. y respondiéndolas la experta a fs. 624/8.-

La perito nos habla de un porcentual de incapacidad (20%, que luego se informa como del 17% -ver fs. 626vta.-) vinculado causalmente con el hecho dañoso; también sugiere la realización de un tratamiento, acerca del cual -dice la perito- no puede afirmarse a *priori* el resultado, aunque sí es posible evitar la progresión del trastorno.-

Llegado este punto, he de señalar que -a mi modo de ver- el dictamen emana de profesional competente; es claro, preciso y asertivo; se encuentra suficientemente fundado y no existen (en la causa) elementos de convicción que ameriten apartarse del mismo, o adoptar una solución contraria a lo que de él surge (arts. 384 y 474 del CPCC).-

Por lo demás, entiendo que el mismo no da cuenta de la reversibilidad del cuadro de incapacidad que se informa, ni tampoco de que el tratamiento vaya a hacerlo desaparecer, lo cual aventa la posibilidad de que se haya incurrido en duplicidad resarcitoria, como lo sostiene la citada en garantía.-

Con lo cual, no me parece desacertada la admisión que ha hecho la sentenciante de la instancia previa tanto de la incapacidad, como del costo del tratamiento.-

Amén de ello, conjugando la incapacidad y el cuadro informado, con las pautas de tarifación económicas antedichas, entiendo que la suma fijada por incapacidad no se perfila para nada excesiva.-

Tampoco el costo del tratamiento, teniendo en cuenta la cantidad de sesiones, y el costo promedio de las mismas (ver, entre otras, esta Saña en causa nro. MO-12312-2014 R.S. 177/2019).-

Luego, a tenor de lo expuesto, y no existiendo recurso de la actora que apunte a su elevación, habremos de confirmar las sumas fijadas pues las mismas no se perfilan en modo alguno excesivas.-

**d) Daño moral**

La Sra. Jueza de Grado ha acogido el rubro, cuantificándolo en la suma de \$ 60.000, lo que ha sido objeto de cuestionamiento por parte de las quejas.-

Abordando las quejas, es hora de recordar que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).-

Por otro lado, en reiteradas ocasiones, hemos dicho que el rubro tiene carácter eminentemente resarcitorio para la víctima y no sancionatorio para el victimario (esta Sala en causa nro. 42.001 R.S. 364/01, 47.522 R.S. 447/03).-

Decíamos en la causa nro. 44.628 (R.S. 637/01) que si el dinero que se paga por el daño moral no tuviera carácter indemnizatorio, faltaría el fundamento necesario para que la víctima lo percibiera y que encarando la reparación del daño moral como pena, se incurre en el defecto de enfocar el problema desde el punto de vista del autor, únicamente, al cual se le impondría la sanción de reparar el agravio causado, pero quedaría sin justificar la razón

en virtud de la cual la víctima recibiría el importe de esa sanción ejemplar y que entre los objetivos de la pena prevenir, punir o enmendar, no está ciertamente el de enriquecer el bolsillo del perjudicado; en base a ello se señalaba que para constituir el derecho de la víctima a cobrar el importe de la reparación, es imprescindible recurrir a la idea del resarcimiento por lo que la reparación del daño moral es eminentemente satisfactoria.-

Sentado ello, computando la índole misma del hecho dañoso, los tratamientos a los que el actor tuvo que someterse a resultas del mismo, como así también las repercusiones psicofísicas que le han quedado instaladas, entiendo que la suma fijada no aparece en modo alguno elevada (art. 165 del CPCC), por lo que propondré su confirmación.-

**e) Intereses**

La sentencia apelada ha mandado a aplicarlos a la tasa pasiva digital que informa la banca provincial, desde la fecha del evento y hasta el efectivo pago.-

De ello se agravia la citada en garantía.-

Y, lo adelanto, habré de inclinarme por la admisión de su recurso.-

Ello no sin efectuar las precisiones que a continuación realizo.-

Si bien, hasta el momento de celebrarse el Acuerdo nro. 839 de este Excelentísimo Tribunal, me había venido inclinando por la aplicación de la tasa pasiva digital (o la más alta, dependiendo del tenor de los agravios) informada por la banca provincial, a partir de dicho Acuerdo me plegué a la postura de aplicar la tasa pura (6%) establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los casos "Vera" y "Nidera".-

Así lo hice por varias razones.-

En primer término, porque dicha postura se había tornado mayoritaria en el seno de esta Excelentísima Cámara.-

Por lo demás, se tornaba -desde mi punto de vista- necesaria la unificación de posturas entre las diversas Salas de este tribunal (dos de ellas desintegradas, por vacancias), para permitir a los justiciables, profesionales e incluso a los órganos judiciales de la instancia previa, tener pautas certeras y uniformes acerca de la orientación jurisprudencial de la Excelentísima Cámara como tribunal de Alzada.-

Viene cierto que ello podría haberse logrado a través del mecanismo del art. 37 de la ley 5827 (donde cada integrante de la Cámara explicitara su criterio personal), pero indudablemente hubiera implicado una demora considerable, carente de sentido cuando -a la luz de lo dicho en el párrafo anterior- tal postura se había tornado mayoritaria en el seno del tribunal.

Amén de ello, hay otra circunstancia.-

Como lo he venido resaltando en mis votos hasta ahora, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se expidió en tales precedentes ("Vera" y "Nidera" del año 2018) sin que luego volviera a fallar sobre la cuestión (al menos por lo que he podido recabar en el sistema de búsquedas JUBA).

Esta circunstancia generó las (a mi modo de ver) razonables cavilaciones en cuanto a los alcances de dicha doctrina, mas aun frente al paso del tiempo sin que volviera a reiterarse.

Con todo, la postura adoptada por la Suprema Corte en "Vera" y "Nidera" se ha tornado abrumadoramente mayoritaria en el ámbito de nuestra provincia (ver, **entre infinidad de otros**, C. Civ. y Com. Junin, 4/6/2019, "Salgado Mirta Mabel C/ Correa Roberto Javier S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. Dolores, 11/6/2019, "Calabrese, Silvia Graciela C/ Rojas, María Mercedes Y Otro/A S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. Necochea, 10/9/2019, "Berrier, Martín C/Copercido, Isabel Susana y Otra s/Daños y Perjuicios"; C. Civ. y Com. Azul, sala 2°, 19/9/2019, "Bilotto, Analía C/ Materiales Rurales El Quebracho S.A. y otro s/ daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. Pergamino, 16/9/2019, "Scornavacche Veronica Teresa Y Otro/A C/ Ulman Agustin Y Otro/A S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. San Nicolas, 21/11/2019, "Sánchez, Juan José C/Caviglia, Ricardo Enrique Y Otros S/Daños Y Perjuicios"; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2°, 21/11/2019, "Carrizo Adelaida Isabel C/ Nuevo Ideal S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 3°, 10 /12/2019, "Lavalle, Ana Irene y otro c/ Bernal, Horlando y otro s/ daños y perjuicios"; C. 2° Civ. y Com. La Plata, sala 2°, 17/12/2019, "Ferro Alejandro Dario c/ el Trigo sa y ot. S/ daños y perjuicios").

Así, la existencia de esos dos fallos ha generado -en la práctica- una uniformidad de criterios (casi absoluta) en los órganos judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

Luego, aunque el Alto Tribunal no hubiera vuelto a expedirse sobre el tema, en la praxis la función uniformadora casatoria parece haber sido cumplida.-

En este contexto, y desde mi punto de vista, no resulta razonable (ni acorde a un bien entendido principio de igualdad) que el suscripto siga manteniendo una postura que, a la fecha, resulta minoritaria no solo en el ámbito interno de esta Excelentísima Cámara, sino también en el de toda la Provincia de Buenos Aires.-

Hacer lo contrario conllevaría, incluso, mayores complicaciones para los litigantes y demoras en los procesos, al generar el tránsito de expedientes hacia la Suprema Corte de Justicia para dirimir la cuestión.

He considerado, entonces, plegarme a la tesis mayoritaria, ello -claro está- sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera actuar, y decidir, en el caso de expedirse la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un sentido diverso de aquel que aquí estamos sosteniendo.

Consecuentemente, y por las razones ya dadas, acudiendo a la solución adoptada por la casación local en "Vera" y "Nidera", se habrá de modificar la sentencia apelada, dejando establecido que a los montos de condena habrá de aplicarse la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia y, de allí en mas, la tasa indicada en el fallo apelado (pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires).-

#### **6) Costas**

Teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos, entiendo que deberán quedar impuestas en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).-

#### **7) Testado de frases**

Pide la actora a fs. 692 que se disponga el testado de parte de las frases incluidas en la expresión de agravios de la demandada.-

Estas peticiones se refieren a una facultad privativa de los jueces o Tribunal, que resulta de aplicación para mantener el buen orden y decoro en los juicios en caso de existencia de frases injuriosas o redactadas en términos indecorosos u ofensivos (cfr. art. 35, inc. 1, del C.P.C.C.).-

Pero, con la implementación de las presentaciones electrónicas en la Provincia de Buenos Aires (actualmente Acuerdo 3886/18), la cuestión varía, por una imposibilidad, práctica, de efectuar modificaciones en las presentaciones electrónicas firmadas por los profesionales.-

En definitiva lo normado por el art. 35 inc. 1 queda, de alguna manera, como de imposible cumplimiento cuando las presentaciones son electrónicas.

Así las cosas se podría plantear esta problemática al Superior Tribunal Provincial a sus efectos.

Pero dado que, a la fecha, la cuestión se está abordando y analizando en el ámbito de la reforma global a la Acordada 2514 de la SCBA (ver Res. 2805/18 SCBA y el art. 16 proyectado para dar solución a este asunto), entiendo que hasta sería innecesario proceder así, pues evidentemente ya se la ha detectado y se la está analizando.-

Consecuentemente, el abordaje de la petición quedará diferido hasta tanto la Suprema Corte disponga alguna solución al respecto; y, en esa oportunidad, deberá en la instancia previa resolverse cuanto corresponda acerca del particular.-

#### **IV.- CONCLUSION**

Si mi propuesta es compartida se modificar la sentencia apelada, dejando establecido que a los montos de condena habrán de aplicarse intereses a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia y, de allí en mas, a la tasa indicada en el fallo apelado (pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires); confirmándola en todo lo demás que decide, y ha sido materia de agravio.-

En cuanto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos, deberán quedar impuestas en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).-

Y la regulación de honorarios profesionales habrá de diferirse.-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

#### **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

**A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDA, dijo:**

Adhiero en un todo al voto que antecede, no sin hacer alguna aclaración conceptual tanto en lo que hace a la tarifación de los montos resarcitorios como en lo referente a la tasa de interés.-

He venido sosteniendo (véase mi voto en causa de la Sala I nro. 57.137 R.S. 5/2010) que la cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática, exponiendo que -en mi parecer- debe descartarse la aplicación mecánica de formulas matemáticas o actuariales.-

Allí también dejé aclarado que 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 C.P.C.C.).-

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 (entre otras, edad, sexo, que no realizaba actividad remunerada, magnitud del daño).-

Es cierto que el Doctor Gallo menciona el sistema del *calcul aun point*, pero no menos cierto es 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.-

En cuanto a la tasa de interés a partir del voto emitido en la causa 68.355 de la Sala I de esta Excma. Cámara civil y Comercial la apreciación de la actual realidad económica, bajo el prisma del derecho constitucional a la reparación integral, me convencieron acerca de la pertinencia de aplicar la tasa pasiva más alta que abona el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a 30 días. Dicho temperamento fue adoptado en consonancia con la doctrina acuñada en el tópicó por la Suprema Corte de Justicia provincial (causa "Cabrera", el 15 de junio de 2016, C. 119.176).

Empero la actual configuración del escenario económico me ha llevado a evaluar la razonabilidad de las soluciones propiciadas en los términos aludidos. Ello, más allá, de que en mi opinión los pronunciamientos dictados por el Superior -causas 120.536 y 121.134- no traducen un prístino abandono de su criterio delineado en la materia referenciada.

En efecto, si a la cuantificación de los rubros resarcitorios, que ostentan el carácter de obligación de valor, se efectúa a valores actuales la aplicación de la tasa pasiva más alta, desde la fecha del acto ilícito, torna irrazonable el monto que se justiprecia. Duplicando, o incluso triplicando en muchos casos el monto de condena; al punto que los accesorios superan en demasía el importe del capital.

Ello obedece esencialmente al hecho de que la tasa pasiva bancaria contiene componentes, tales como la consideración de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el fenómeno inflacionario, los gastos operativos, y las exigencias del encaje bancario (ver, en este sentido, el voto del Ministro Soria en la causa B. 63.460).

Vengo sosteniendo que la funcionalidad de los intereses moratorios se encuentra circunscripta a la reparación del daño que sufre el acreedor, a raíz de no contar con el dinero desde el nacimiento del crédito; y no a enjugar la eventual pérdida de poder adquisitivo, a la que estaría expuesto el monto de la condena como consecuencia del proceso inflacionario (arg. artículos 622, 623 y concordantes del Código Civil; 7 y 10 de la ley 23.928, su doc.; mis

votos, Sala II, causa 55546, Sala III, causa 41.190 entre muchos otros).

Así las cosas si la teleología de los intereses moratorios no es otra que resarcir la privación del uso del capital de condena fijado a valores actuales, aplicar la tasa pasiva más alta desde la fecha del hecho ilícito equivale a conceder un plus resarcitorio -una suerte de "sobre indemnización"- que a la postre no es otra cosa que consagrar una solución que colisiona con el principio de razonabilidad económica (arg. artículos del Código Civil y Comercial).

La realización del derecho a la reparación integral, de raigambre constitucional, debe lograrse por medios legítimos, adecuados y proporcionales; de modo que aquella no puede ser fruto de meros cálculos aritméticos, desvinculados de la realidad económica en la que se inserta su ejercicio (arg. artículos 17, 19, 28 y concordantes de la Constitución Nacional; conf. doctrina sentada por la CSJN, Fallos 313:896; 327:508, entre otros).

En la especie, el cálculo que se efectúa mediante la aplicación de la tasa pasiva más alta -al momento la denominada BIP- conlleva prácticamente triplicar el capital de mentas (ver "cálculos de intereses en línea", [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)).-

Va de suyo, conforme a las directrices conceptuales esbozadas anteriormente, que dicho resultado se aprecia como desproporcionado, prescindente de la realidad económica y conculcatorio de la proscripción del enriquecimiento sin causa (arg. artículos 953, 1071 y concordantes del Código Civil; 726, 9, 10 del capítulo 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, su doc.).-

En orden a lo manifestado, pues, estimo económicamente adecuado fijar un interés puro del 6 % anual desde la fecha del ilícito y hasta la de la sentencia de Grado; y de allí y hasta el efectivo pago, la tasa indicada en el fallo apelado.-

Con tales aclaraciones conceptuales, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo votando

**PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE MODIFICA** la sentencia apelada, dejando establecido que a los montos de condena habrán de aplicarse intereses a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia y, de allí en mas, a la tasa indicada en el fallo apelado (pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires); **CONFIRMANDOLA** en todo lo demás que decide, y ha sido materia de agravio.-

**Costas de Alzada,** en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).-

**SE DIFIERE** la regulación de honorarios para su oportunidad.-

**REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVASE, ENCOMENDANDOSE A LA INSTANCIA DE ORIGEN RESOLVER, EN SU MOMENTO, LO QUE CORRESPONDA RESPECTO DEL TESTADO DE FRASES PETICIONADO POR LA PARTE ACTORA A FS. 692.-**

Dr. JOSÉ LUIS GALLO Dr. ROBERTO CAMILO JORDA  
Juez Juez

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI  
Secretario de la Sala Segunda de la  
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil  
y Comercial del Departamento Judicial  
de Morón