

Cipolletti, 28 de noviembre de 2017

Reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, doctores María Alicia Favot, Elda Emilce Álvarez y Marcelo A. Gutierrez, para el tratamiento de los autos caratulados "ACUÑA MILSON ANDRES C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° 3290-SC-17), elevados por el Juzgado Civil y Comercial n° 3, de esta Circunscripción, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que dá fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES:

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACIÓN

A la primera cuestión la señora Jueza doctora María Alicia Favot dijo:

I.- Contra la sentencia de fs 459/469 y vta., en la que se hace lugar a la demanda por daños y perjuicios, la actora interpone recurso de apelación a fs 471; la demandada a fs. 472 y a fs. 474/ 475 la citada en garantía.

Los recursos son concedidos a fs. 482 y se pasan a resolver a fs. 488.

Los agravios se encuentran expresados por la actora a fs, 511/515, por la demandada a fs, 503/510 y por la citada en garantía a fs, 492/500.

La actora contesta el traslado de los agravios de la citada en garantía a fs. 519/527, y los expresados por la demandada a fs. 538/541. La citada en garantía contesta los expresados por la actora a fs. 529/532 y la demandada hace lo propio a fs. 534/537.

En breve síntesis, en este caso se trató la indemnización que debía percibir un niño en edad preescolar, en ocasión de haber sufrido un accidente en el tobogán de la escuela a la que concurría, lo que le ocasionó una fractura e intervenciones quirúrgicas posteriores para su curación.

La demanda la interpone el padre del niño en su representación, contra la provincia de Río Negro, el Ministerio de Educación y el Consejo Provincial de Educación por la suma de \$ 184.373, o lo que en más o menos se determinare en el juicio, con más sus intereses y costas.

El hecho ocurrió en el ámbito de la escuela, en horario escolar, el 29 de noviembre de 2013, cuando el pequeño tenía cinco años, y asistía a la sala de niños de esa edad.

El punto principal de discusión para las partes se centra en que la pericia médica (realizada dos años y tres meses con posterioridad al hecho obrante a fs. 368 vta) evidenció que el peritado carecía de sintomatología al momento de realizar el informe y que tanto la fuerza como el tono, trofismo y sensibilidad se encuentran conservadas y que en una comparación entre ambos brazos del niño los valores y grado de sensibilidad se encuentran iguales.

Se colige -dice la juez de grado- que, de la evaluación y sus resultados, el menor no presenta disminuciones de funciones que se traduzcan en una incapacidad en cuanto a su movilidad y capacidad funcional.

El dictamen pericial se centra en definir el porcentaje que determina como incapacidad, principalmente en la cicatriz del brazo izquierdo en cara posterior, única secuela que describe como actual, lo que motivó el pedido de explicaciones por la actora a fs. 375, contestadas por el médico a fs. 414 en donde aclara que “las cicatrices no tienen por qué afectar la fuerza, tono, trofismo o sensibilidad”.

En este punto la jueza sostiene que, pese a que el daño estético no ha sido reclamado, dado el dictamen del médico igual habrá de reconocerlo como un daño resarcible (no incluido en el daño moral) aunque no en la proporción indicada por el perito para incorporar como variable en la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización. El perito asignó un 14% de incapacidad atribuída a la cicatriz y la juez estima en un porcentaje del 5%.

Lo hace de ese modo puesto que sostiene que el niño no ha quedado con secuelas en movilidad y flexión, y dado que ni siquiera se aconseja una reparación estética o quirúrgica de dicha cicatriz, que por su ubicación y tamaño y edad del niño tenderá a invisibilizarse con el paso del tiempo. Considera desatinado centrar la incapacidad en la cicatriz que, aclara, hasta sería indemnizar un rubro no reclamado en la demanda. El cálculo de dicho rubro, arroja una suma de \$ 867.891 a la sentencia.

Reconoce gastos de transporte, los que estima en \$ 2000 y daño moral en \$ 40.000.

Desecha el daño psicológico como rubro indemnizable puesto que el mismo no ha sido probado y se encuentra subsumido en el daño moral que acoge (aunque bien en una suma menor a la peticionada).

De los montos de los rubros acogidos surge la suma que fija como indemnización en \$ 909.861 en concepto de capital actualizado a la fecha, suma que deberá abonarse en diez días, corriendo, en caso contrario los respectivos intereses e impone las costas a las accionadas.

II.- Se queja la actora por la decisión de la Sra. Juez a quo de otorgar un porcentaje de incapacidad del 5%, cuando de la pericia realizada en autos -sostiene- surge un grado de incapacidad parcial y permanente del 14%.

Le agravia que cambie subjetivamente y sin sustento el porcentaje determinado por la pericia para “lograr una compensación que refleje más adecuadamente el daño efectivamente producido”.

Sostiene que este apartamiento carece de sustento científico o técnico y se debe a una mera apreciación personal de la jueza.

Que ello deviene en un acto de arbitrariedad que vicia la sentencia. Cita jurisprudencia.

En consecuencia, ataca como segundo agravio, el monto indemnizatorio otorgado para el rubro “incapacidad física” sosteniendo que se basa en un porcentaje menor al señalado por el perito. Sostiene que la juez de grado bajó el porcentaje sin más asidero que el resultado de aplicar el 14% arrojaba una suma que le parecía excesiva y de esa forma redujo el monto de \$ 1.180.866 a la suma de \$ 421.738.

III.- A su vez, la demandada se agravia por la razón contraria: sostiene que la jueza incluyó como rubro de incapacidad física, la cicatriz que el menor presentó y que no fue reclamada como daño estético. Sostiene entonces que la sentencia es incongruente, porque si bien admite lo primero, hace lugar a una incapacidad inexistente, aunque en un porcentaje menor a la dictaminada por el perito. Sostiene que no siendo la secuela del accidente (la cicatriz), incapacitante en modo alguno, no debió incluirse en el rubro indemnizatorio, desde que éste (incapacidad física), debe reflejar la inhabilidad, impedimento o dificultad en algún grado para el ejercicio de las funciones vitales y entraña la pérdida o aminoración de las potencialidades de las que gozaba el afectado. Ninguna de ellas presenta el niño. Y por último, se agravia del elevado importe fijado por daño moral. Cita jurisprudencia.

IV.- La citada en garantía se agravia por las mismas razones que la demandada, sosteniendo que la juez de grado se aparta arbitrariamente de las constancias de la causa, aplica erróneamente la fórmula matemática de la jurisdicción y origina un enriquecimiento sin causa a la actora.

Sostiene que la sentencia es arbitraria puesto que pese a analizar el rubro incapacidad física y concluir en que no hay ninguna, y que la cicatriz no es incapacitante, ni limitante funcional, igualmente decide ponderar un 5% de incapacidad física permanente y definitiva.

Hace hincapié en que pese a estimar que “por fortuna, al niño no le ha quedado

incapacidad funcional alguna”, pondera la existencia de una incapacidad parcial permanente y definitiva del 5%.

Sostiene que la sentencia es contradictoria, puesto que por una parte afirma la inexistencia de daño funcional o limitante alguna como consecuencia del accidente, y que la juez suplió la inactividad de la actora, que no reclamó el daño estético pero se le concedió igualmente como daño patrimonial, es decir, como si hubiese sido reclamado. Sostiene que estando probado que dicha cicatriz no representa problema incapacitante alguno, no debió incluirse en la fórmula de cálculo de la jurisdicción (Hernández).

Afirma que el a quo debió valorar esta secuela en el plano extrapatrimonial (daño moral). Reafirma la arbitrariedad de la sentencia en cuanto afirma “y pese a no ser específicamente reclamado como daño estético, dado el dictamen del médico habré igualmente de reconocerlo como incapacidad física resarcible”.

Asimismo, sostiene que la fórmula ha sido aplicada erróneamente en cuanto ha cuantificado desde los cinco años de edad (edad del menor a la fecha del siniestro) el SMVyM, cuando es sabido que al menos hasta los 18 años es imposible que el menor genere ingresos. Más allá de lo erróneo de la inclusión de un porcentaje de daño patrimonial que no ha sido probado, refiere que el porcentaje es de incapacidad laboral, que un menor de cinco años no tiene.

Afirma que además, consagró una obligación sin causa, pues, aunque su mandante (la compañía aseguradora) haya sido condenada “en los términos del contrato de seguro”, si la sentencia no hubiera sido arbitraria incluyendo como daño patrimonial una cicatriz que no lo era, ella no debería responder, de acuerdo a los términos en que se convino el contrato con el ministerio de Educación y Recursos Humanos. Finalmente, cuestiona que le hayan sido impuestas las costas y peticionan se ajusten proporcionalmente al límite de la cobertura.

El traslado de dichos agravios se encuentra respondido por las partes, quienes básicamente vuelven a reafirmar la postura propia esgrimida en las expresiones de cada una de ellas.

IV.- Los recursos de las partes se encuentran fundados, en tanto las discrepancias con el fallo hacen hincapié en las contradicciones, arbitrariedades y errores de aplicación del derecho o la jurisprudencia y lo señalan en cada caso.

Si bien alguna de las partes (la actora) lo hace con menores elementos que la demandada y la citada en garantía, es criterio de esta Cámara la exigencia de un mínimo umbral de rechazo fundamentado para acoger el tratamiento del recurso (art. 18 de la

Constitución Nacional, 265 del CPCC y conforme jurisprudencia Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en causa "Salgar S.R.L. c/ Cauquen Argentina S.A. s/ Sumarísimo s/ Casación", Expte. 27825/15-STJ, sentencia del 27/10/2015 y causa "B., M. L. c/ G., H. E. s/ Cobro de pesos - ordinario s/ Casación", Expte. 20450/05/05-STJ, sentencia del 14/12/2005; Cámara Segunda, Sala I de La Plata, causa A 43396 RSI-83-95 I 20/04/1995 y causa B 70276 RSI-807-94 I 12/10/1994; Cámara Primera, Sala I de La Plata, causa 211531 RSD-35-92 S 24/03/1992; Cámara Segunda, Sala III de La Plata, causa 118327 RSD-93-15 S 25/06/2015 y causa 118226 RSD-52-15 S 23/04/2015).

V.- En cuanto a la segunda cuestión, esto es, qué pronunciamiento corresponde, es mi criterio que debe hacerse lugar a las objeciones planteadas por la demandada y la citada en garantía, en cuanto a la arbitrariedad e incongruencia de la sentencia que las condena, y revocar en consecuencia la misma en cuanto ordena la reparación de daño físico. Explico a continuación el por qué de mi razonamiento:

La juez de grado concede un daño patrimonial no probado. No hay incapacidad alguna desde lo funcional que amerite otorgar como lo hizo, 5% de porcentaje por este rubro. El porcentaje que el perito le ha otorgado a la cicatriz no invalidante ni limitante, podría haber sido considerado en el cálculo, si habiéndose reclamado un daño estético autónomo, y -superando los límites de examen que estos casos ameritan- se hubiera comprobado el mismo y su influencia en la vida de relación o económica o psíquica del sujeto.

Pero en el caso, la actora nunca reclamó (ni mucho menos probó) el daño que podría significar llevar esta cicatriz al niño. Entonces, mal puede concedérsele algo que no se reclamó. Los jueces no pueden suplir la actividad de las partes so riesgo de convertir el proceso en un carril más favorable a uno que a otros, cuando (como parece ser éste el caso) advierte que podría haberse petitionado alguna cuestión omitida que hubiera favorecido la posición de quien aparece como víctima de un daño.

Dable es destacar que en la sentencia de la juez de grado, al tratar la incapacidad física a indemnizar sostiene: "en ese contexto, considero que en el supuesto de autos, reclamo enderezado a que el establecimiento educativo público repare los perjuicios remanentes de la caída producida, con quebradura en el brazo izquierdo del menor; cabe señalar que de los resultados de la pericial médica practicada (ver fojas 368/370), se desprende que sus consecuencias se reducen a aquellos efectos perjudiciales de una cicatriz en la cara posterior en tercio inferior de su brazo izquierdo. Ciertamente y por fortuna ninguna lesión funcional le ha quedado a '\Alexis Agustín\' que lo limite a comportarse del

mismo modo que lo hubiera hecho de no haber sufrido la fractura en su preescolar. Más allá de la incidencia que pueda conllevar en el plano moral, la portación de esa cicatriz de nueve por dos centímetros en la cara posterior en el tercio inferior del brazo izquierdo, a los fines de determinar la suma a abonar se presenta como desmedida y abusiva simplemente ingresar en la fórmula de aplicación en la jurisdicción el porcentaje de acordado por el perito (...)"

De esta manera, es dable destacar que "La fuerza probatoria de los dictámenes periciales es de meritación exclusiva del magistrado quien, teniendo en consideración su contenido, los principios en que puedan fundarlos, los puntos de pericia sometidos a respuesta por el experto y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa establezca, tomará su propia convicción, adjudicándole el valor que estime apropiado para la resolución de la litis" (conf. jurisprudencia Cámara de Apelaciones de San Martín, Sala I, causa 48192 RSD-52-10 S 06/05/2010 en autos "Portillo, Leonor c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", causa 60930 RSD-154-9 S 22/10/2009 en autos "Merlo, Mónica Viviana c/Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/Daños y perjuicios"). Con lo cual, se debe tener especial consideración la incongruencia manifestada en el dictamen pericial y sus explicaciones, y los demás elementos probatorios de la causa, al emitir una decisión jurisdiccional acorde a las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda. Así, el juez debe someter a examen todas las pretensiones esbozadas en la acción incoada, y sólo sobre éstas, a fin de garantizar el principio de congruencia normado por los arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º y 272 del CPCC (conf. SCBA LP C 92883 S 12/11/2008 en autos "Yalul, Marta Soledad c/Yanibel, Amilcar Pedro s/Indemnización daños y perjuicios" y causa C 118443 S 12/07/2017 en autos "La Chara S.A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios").

En realidad, el porcentaje otorgado no tiene nada que influir en la declaración de la a quo acerca de su procedencia o no como rubro indemnizable. Si no es un daño patrimonial (y ella misma lo afirma) no corresponde se indemnice ni con un 14% ni con un 5%. En todo caso, hubiera correspondido se lo incluya como integrante del daño moral.

Continúa la a quo más adelante (fojas 466 vta): "Y si bien se ha entendido que la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial, lo que puede en su caso provocar un agravio de tipo moral; y pese a no ser específicamente reclamado

como daño estético, dado el dictamen del médico habré igualmente de reconocerlo como una incapacidad física resarcible, aunque no en la proporción indicada por el perito; no al menos para ser utilizado como porcentaje a incorporar como variable en la fórmula que se alegue comúnmente la jurisdicción local. Entiendo que en el contexto de la pretensión ejercida y normativa que le cuadra, la reparación a la que se condene, debe reconocer un estricto ajuste a la medida del efectivo daño padecido, pues de lo contrario se produciría un quiebre en el equilibrio de lo justo, un enriquecimiento ilícito por parte del damnificado; o en el punto pendular contrario de una insuficiente reparación con innecesaria ventaja para el sujeto obligado a reparar (...)

Entiendo que el dictamen pericial no debe encasillar al juez de modo tal de llevarlo a tomar decisiones jurídicamente incorrectas. Que lo reconozca erróneo, e igualmente lo aplique, conlleva una incongruencia que vuelve la decisión arbitraria. De modo que decir “pese a no ser específicamente reclamado como daño estético dado el dictamen del médico habré igualmente de reconocerlo como una incapacidad física resarcible” es resignar la función jurisdiccional en el perito (conf. jurisprudencia Suprema Corte de la Provincia Buenos Aires, causa C 116.663 de fecha 04/09/2013 en autos "Camus Isabel c/ Hospital Zonal de Agudos Petrona Villegas de Cordera s/ Daños y perjuicios"; causa C 103.440 de fecha 18/04/2011 en autos "Agustiño Néstor José y otra c/ Sanchez Delia Beatriz s/ cobro de pesos con garantía hipotecaria"; Cámara de Apelaciones de Quilmes, Sala I, causa 9815 RSD-8-8 S 18/03/2008 en autos "Francia Diego Daniel y otros c/Sterli, Carlos Horacio s/ Daños y Perjuicios" y causa 3841 RSD-22-6 S 18/04/2006 en autos "Korolik Karina Andrea c/ Expreso de Quilmes S.A. Linea 98 y otro s/ daños y perjuicios").

Analizaré ahora a la luz de la doctrina cuándo un daño estético es resarcible como daño patrimonial: “La lesión estética vulnera el aspecto normal y habitual que significa la exterioridad corpórea. Importa toda modificación del esquema del cuerpo y no necesariamente debe ser repulsiva, repugnante a ridícula. (...) En la doctrina se observan dos posturas con respecto a la autonomía del daño. La primera sostiene que la lesión estética no es un daño autónomo; sólo es posible su indemnización en la medida en que repercute en las posibilidades económicas presentes o futuras del damnificado, puesto que su reconocimiento se asocia con la actividad profesional y con la gravedad de la lesión padecida en la medida que genera una repercusión patrimonial. Zannoni sostiene que la lesión estética siempre afecta a un interés extrapatrimonial y sólo lo genera un daño de carácter patrimonial si repercute de modo cierto sobre las

posibilidades económicas de la víctima impidiendo la continuidad de la actividad productiva; por ello, se reserva esta indemnización a una categoría de personas tales como actores, azafatas, modelo publicitario, etc.

La segunda postura considera que la lesión estética constituye excepcionalmente un rubro autónomo y la regla se centra en la sumisión en la incapacidad física. Procede cuando la lesión aparece como relevante para el plano laboral o integra el agravio moral, en tanto altere únicamente el espíritu, las afecciones o sentimiento de la víctima, siéndole indiferente a la actividad laboral o el normal desenvolvimiento de la vida en relación... La jurisprudencia en general sostiene que el daño estético es resarcible aunque se trate de personas de sexo masculino, cualquiera sea su profesión sin que sea un derecho exclusivo de los artistas o aquellos profesionales cuya apariencia física es relevante para el desempeño de su trabajo.

Si la lesión estética se aprecia en la situación estática del cuerpo, es decir, cuando se produce a causa de cicatrices en el rostro o quemaduras en las partes visibles del cuerpo, el daño es de naturaleza anatómica; mientras que, en los casos en que incide en el desenvolvimiento corporal, el daño es de naturaleza funcional. Concretamente con respecto a la autonomía ZAVALA DE GONZALEZ sostiene que la discrepancia planteada acerca de la problemática sobre su resarcibilidad independiente es “puramente de falta de precisión y rigor científico”, cuando se emplaza la lesión estética como daño patrimonial de modo exclusivo. “Por consiguiente la lesión estética sólo tiene perfil autónomo como fuente o causa productora de consecuencias indemnizables, en tanto por sí misma posee idoneidad productiva de perjuicios de diversa índole. Pero el daño resarcible no es el perjuicio estético como tal, sino el perjuicio moral o patrimonial que tiene en aquél su origen...resulta improcedente indemnizar el daño estético como categoría abstracta, acumulando a este título la reparación de las repercusiones económicas o espirituales producidas por la lesión estética. En cambio, sí aparece atinado tener en cuenta todos los factores con incidencia en el surgimiento del daño patrimonial o moral, entre ellos, el desmedro de significación estética” (los destacados me pertenecen) (conf. “Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a las personas” Silvy Y.Tanzi. Ed. Hammurabi).

Coincido con la doctrina que sostiene que el daño estético es un factor productor de daños potenciales indemnizables: ya sea en el orden patrimonial (cuando produce además una discapacidad o disminución funcional y provoca que la anatomía no funcione de la misma manera que si ese daño estético no se hubiera producido), o en el

orden moral -en la afección del espíritu de la persona- (conf. Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata, Sala III, causa 119*.369 RSD-112-15 de fecha 15/03/2016 en autos "Maldonado Lavinia Alejandro Javier c/ Bacigalupe Jorge Luis s/ Daños y perjuicios" y causa 118.520 RSD-112-15 de fecha 16/07/2015 en autos "Ferreira Elizabeth Nora c/ Pera Martín s/ Daños y perjuicios).

En el caso, la juez ha hecho lugar al daño moral peticionado y a su vez ha concedido una suma por un daño no producido. Por lo que corresponderá que la sentencia sea revocada en ese punto, haciendo lugar a los agravios de la demandada y citada en garantía.

De ésta forma, toda vez que estimo debe hacerse lugar a los reclamos impugnatorios esbozados por el demandado y la citada en garantía, dichos fundamentos devienen pertinentes a los fines de rechazar los agravios manifestados por la parte actora, lo que así propongo.

VI.- En cuanto a los agravios expresados por la demandada en orden a que respecto del daño moral se ha fijado una suma elevada, entiendo que no lleva razón por cuanto aparece una suma que hasta desde lo personal resulta baja, pero no ha merecido objeciones por parte de la actora, por lo que no resulta posible la modificación de su monto.-

VII.- Por último respecto a la imposición de costas, en atención al resultado que propongo adoptar, asiste razón a la citada en garantía en cuanto a los agravios expresados a fs. 492/500 por cuanto de la copia de la póliza obrante a fs. 41/57 surge que la cláusula primera del anexo 9 -ver fs. 51- establece que el riesgo cubierto por la póliza se supedita a la invalidez total o parcial permanente producida a raíz del evento dañoso y por los gastos médicos farmacéuticos que irroguen. Ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia Provincial que "En efecto, sobre la cuestión se tiene decidido que si bien el seguro contra la responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, éste nunca puede superar la cuantía o medida del seguro. Por lo tanto, le son oponibles al tercero o, si se prefiere, le afectan o se halla enmarcado, por determinadas estipulaciones negociales, precisamente por haber sido extraño al contrato. (art. 118 -3, L.S.)" (in re: "L., O. A. c/ S. R., L. E. y Otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS s/ CASACION", Expte. N° 26085/12-STJ, sentencia de fecha 28.08.13). Circunstancia que, conforme se ha resuelto precedentemente no autoriza a condenar a la citada en garantía y por consiguiente obliga a eximirlo de la condena en costas (art. 71 del CPCC).

En este entendimiento, coincido con el criterio que postula nuestro más Alto Tribunal Provincial al afirmar que el principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC) no se ve afectado por la sólo circunstancia de que la acción incoada en la demanda no prospere en la totalidad del reclamo, y ello en razón de resguardar el principio de integralidad de la reparación al entender que debe existir una visión global de la causa y no atenerse a meros resultados aritméticos. En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia manifestó que "ya que la naturaleza resarcitoria de las costas está referida a la reparación del daño (los gastos causídicos) ocasionados al litigante que ha tenido necesidad de recurrir a la justicia para que se le reconozca su derecho y a que en primer lugar debe respetarse el principio objetivo de la derrota puesto de manifiesto en el art. 68 del rito. La mera desproporción entre lo reclamado y el importe de la condena no es motivo suficiente para que las costas sean soportadas, aunque parcialmente, por la parte vencedora." (in re: "Santini", Se n° 40/12, Expte. 25845/12-STJ, de fecha 03.07.2013). Consecuentemente, estimo que deben confirmarse las costas impuestas en primera instancia con la exmición de la citada en garantía, y respecto de las de Alzada serán impuestas por su orden tanto a la parte actora como a la Provincia de Río Negro (art. 68 del CPCC).

VIII.- Respecto de la apelación de honorarios opuesta a fs. 474/475 y el prorrateo solicitado, en virtud de la forma en que se propone la solución al caso particular, dicha cuestión deviene abstracta.-

De esta forma, y en virtud de lo normado por el art. 279 del CPCC, se procede a fijar los estipendios de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo en la suma de PESOS OCHO MIL CUATROCIENTOS (\$ 8.400) en conjunto (20% del MB: \$ 42.000, arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles); y los de la Dra. Lorena Rosana Yensen (en un 14% del MB incrementado en un 40% por el litisconsorcio y 40% por tareas de apoderamiento) en la suma de PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$ 10.544). Todos ellos de conformidad con lo normado por los arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles.

En virtud de lo normado por el art. 17 de la ley K n° 88 y conforme se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia in re: "Ortega Roxana s/ Acción de Amparo s/ Apelación" (Expte. n° 26065/12) y esta Cámara de Apelaciones en autos "Tapia Epullan José Luis E/A: Tapia Epullan José Luis c/ Provincia de Río Negro s/ daños y perjuicios s/ Ejecución de sentencia" (Expte. n° 2766-SC-15) no corresponde regular honorarios a los

Dres. Ramiro Manuel Mendía y Laura Karen Oyarzabal, quienes actuaron como apoderados de la Provincia de Río Negro en virtud de haber sido la codemandada condenada en costas.

Asimismo, se regulan los honorarios del perito médico Claudio Edgardo Schoua en la suma de PESOS DOS MIL CIEN (\$ 2.100), teniendo en cuenta la labor pericial desarrollada y la manera en la que se ha decidido la presente causa.

Por la actuación en esta Alzada, se regulan los honorarios de la letrada de la citada en garantía, Dra. Lorena Rosana Yensen, en el 30% de lo precedentemente regulado; a los letrados de la parte demandada y a los patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo, en el 20 % de oportunamente regulado.

A la primera cuestión la señora Juez doctora Elda Emilce Álvarez dijo:

Puesta a emitir mi voto en los presentes autos, adelanto mi coincidencia sustancial con el voto emitido por la Sra. Jueza ponente, Dra. María Alicia Favot, con la salvedad de alguna cuestión no medular sobre la que me expediré oportunamente.

A fin de no incurrir en consideraciones sobreabundantes, partiendo del tratamiento conjunto de los recursos deducidos por la demandada y la tercera citada en cuanto plantean análogos agravios, esto es, en primer lugar el apartamiento arbitrario de las constancias y pruebas de la causa –en particular de la pericial médica-, en cuanto dimana de ellas la inexistencia de incapacidad funcional del niño, no obstante lo cual se le reconoce un 5% de incapacidad, por la sola presencia de una cicatriz que no representa una lesión incapacitante ni permite avisorar un perjuicio patrimonial para el niño.-

Coincido en la existencia de diversos déficits en la sentencia apelada. Así en primer lugar debemos partir de que en autos se demandó el resarcimiento en concepto de Daño Material de la “incapacidad física permanente y definitiva”, localizada en el brazo izquierdo del niño “el cual presenta una curvatura que le imposibilita enderezarlo en forma completa. Es decir que el niño presenta una incapacidad física que no le permite realizar los movimientos de torsión y extensión de su brazo izquierdo como habitualmente lo realizaba antes del accidente, sumado a ello de pérdida notable de fuerza y dolores constantes en la zona afectada.” (sic. fs. 115 vta., 6* párr. in fine); como así también por los gastos de transporte, el daño moral y el daño psicológico.-

Tal incapacidad “física permanente y definitiva”, alegada como secuela del accidente, quedó desvirtuada por la prueba pericial médica producida en autos, que se expidió de modo categórico acerca de la inexistencia de incapacidad funcional del bracito

izquierdo del niño, que padeciera la fractura intervenida quirúrgicamente en dos oportunidades; destacando del cotejo de codo izquierdo y derecho, que flexión, extensión, pronación y supinación eran coincidentes así como las flexiones palmar y dorsal de ambas muñecas y las desviaciones radial y cubital de ambas.- Como así también que tono, trofismo y sensibilidad se hallaban conservadas. Y si bien consideró determinada la incapacidad por la existencia de una cicatriz de piel del miembro superior izquierdo de más de 8 cm. de largo por 2 cm. de ancho, concluyó que existían secuelas anatómicas que representan una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 13,67% de la total obrera.-

De las conclusiones antes apuntadas de la pericia, se desprende que el accidente dejó como única secuela al menor una lesión cutánea en el lugar de la intervención, la que el perito señala que si bien podría ser mejorada con plástica, ante la buena movilidad no se aconseja.-

Frente a este cuadro probatorio la Sra. Jueza “a quo” consideró que no resultaba acreditada la existencia de incapacidad funcional y que el porcentaje asignado por el perito era excesivo pero que aún cuando no había sido reclamada reparación por el daño estético acreditado, debía contemplarse dentro del daño material o físico e incluirse dentro de la incapacidad constatada por el perito, la que redujo al 5% para el cálculo de la indemnización que estableció.-

Comparto lo expresado por la colega preopinante en cuanto al agravio común deducido por la demandada y la tercera citada en lo que hace a considerar una violación del principio de congruencia el haber acogido un rubro: “daño estético” que no fue siquiera insinuado en la demanda, ya que dentro del acápite destinado al daño material, sólo se reclamaron “incapacidad física” y “gastos de transporte”.-

La decisión de resarcir un rubro no demandado y respecto del cual las accionadas no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de defensa, importa la afectación de las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, sobre las que se sustenta el ordenamiento procesal en garantía de los derechos de las partes en el proceso. Y particularmente se altera la perfecta correlación que debe existir entre lo pretendido en demanda (objeto de defensa y pasible de prueba) y lo decidido en el pronunciamiento sentencial.-

El haber acordado una indemnización por un rubro no petitionado, aún frente a su evidencia fáctica, importa el dictado de un pronunciamiento extra petita que como tal no puede ser consentido.

Así tiene dicho el S.T.J. de Río Negro: “Este Superior Tribunal ha expresado, citando a Morello, que: “La congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión. Hay una necesidad de correspondencia entre ambos extremos que funciona como condición de proceso verdadero. Es por ello que: tampoco le está permitido a los magistrados alterar los términos esenciales en que el debate quedó planteado. Desde tal horizonte del tema asciende por sus implicancias al derecho constitucional procesal y afianza la concreta operancia de las garantías del debido proceso.(cf. Morello, prueba, incongruencia, defensa en juicio, págs.. 37 y 43).” STJRNS3: Se. 38/96 “M.P. C. y Otros c/Municipalidad de Cipolletti s/Contencioso Administrativo s/Inaplicabilidad de Ley” 20/04/96 y STJRNS4, in re: “Balseiro, Mónica Elena c/Municipalidad de Dina Huapi s/Sumario” SD del 17/02/16.-

El pronunciamiento dictado en los términos que fue efectuado importa una decisión arbitraria entendiendo por tal la que se adopta con prescindencia de las constancias obrantes en la causa, no en referencia a las probatorias sino a las que delimitaron oportunamente la litis.

En mi opinión, y tal como resulta fulminada la procedencia del rubro cuestionado, no resulta necesario analizar la pertinencia de encuadrar a la lesión estética dentro del daño patrimonial o en el marco del extrapatrimonial y definir en tal caso si debe integrar o no el daño moral; puesto que la ausencia de reclamación expresa del rubro impide su consideración, sea cual fuere la naturaleza del mismo.-

Ello es así porque la sentenciante incurre en contradicciones evidentes al sostener en el pto 8.-Daños 1) Incapacidad Física: “...de los resultados de la pericial médica practicada (ver fs. 368/370), se desprende que sus consecuencias se reducen a aquellos efectos perjudiciales de una cicatriz en la cara posterior del tercio inferior del brazo izquierdo. Ciertamente, y por fortuna, ninguna lesión funcional ha quedado a “A.A.” que lo limite a comportarse del mismo modo que lo hubiera hecho de no haber sufrido la fractura en su preescolar.”

El reconocimiento de la ausencia de lesión funcional, que cabe resaltarlo fue el fundamento del reclamo indemnizatorio, inhabilita a encuadrar la simple lesión estética, sin consecuencias funcionales de ningún tipo, dentro de la incapacidad reclamada y disponer su resarcimiento. Así el propio perito niega la existencia de limitaciones funcionales y secuelas más allá de la estética que ni siquiera aconseja reparar por medio de una cirugía plástica. Ello dado que no se trata de desconocer la existencia de la

fractura ósea –respecto de la que ambas partes coinciden-, sino de establecer en que se funda el porcentaje de incapacidad parcial y permanente, de un accidente del que reitero, no se niega su acaecimiento sino el de las secuelas incapacitantes .- (fs. 464).-

Consecuencia de lo anterior es que ante la ausencia de la incapacidad cuya indemnización fuera reclamada, no es posible resarcir una pérdida de lucro que no va a ocurrir por tal causa, no pudiendo entonces aplicarse la fórmula del precedente “Hernández c/EDERSA” del STJRN. Y dable es señalar que en caso de haber sido aplicable tampoco hubiera podido hacerse hasta que el menor alcanzara los 18 años o como mínimo los 16, en caso de encuadrarlo en alguno de los supuestos en que la ley autoriza el trabajo de menores. Es una consecuencia también de lo anterior, que resulten atendibles las críticas dirigidas a sostener que ha existido un apartamiento arbitrario de la prueba producida que ha llevado a una aplicación errónea de la fórmula de cálculo de la indemnización.

En lo que respecta a los agravios sobre costas y honorarios adhiero al voto precedente. Mi voto.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Marcelo A. Gutierrez dijo:

Adhiero al voto de mis colegas por compartir los razonamientos fácticos y fundamentos jurídicos.

A la segunda cuestión la señora Juez doctora María Alicia Favot dijo:

1.- Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propondré al Acuerdo hacer lugar a las apelaciones incoadas a fs. 472 y 474/475 y revocar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravio. Asimismo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 471. Las costas serán impuestas de conformidad con lo dispuesto en el considerando VI (art. 68 del CPCC).-

2.- En virtud de la modificación ordenada ut supra y la readecuación de los montos por honorarios en virtud de lo normado por el art. 279 del CPCC, se procede a fijar los estipendios de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo en la suma de PESOS OCHO MIL CUATROCIENTOS (\$ 8.400) en conjunto (20% del MB: \$ 42.000, arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles). Por la labor desarrollada por los letrados de la citada en garantía Dra. Lorena Rosana Yensen (en un 14% del MB incrementado en un 40% por el litisconsorcio y 40% por tareas de apoderamiento) en la suma de PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$ 10.544). Todos ellos de conformidad con lo normado por los arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles.

Asimismo, se regulan los honorarios del perito médico Claudio Edgardo Schoua en la suma de PESOS DOS MIL CIEN (\$ 2.100), teniendo en cuenta la labor pericial desarrollada y la manera en la que se ha decidido la presente causa.

Por la actuación en esta Alzada, se regulan los honorarios de la letrada de la citada en garantía, Dra. Lorena Rosana Yensen, en el 30% de lo precedentemente regulado; y a los patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo, en el 20 % de oportunamente regulado.

3.- Regístrese, notifíquese y vuelvan.

A la misma cuestión la señora Juez doctora E. Emilce Alvarez dijo:

Compartiendo la propuesta de solución efectuada por la colega preopinante adhiero a ella.

A la misma cuestión el señor Juez doctora Marcelo Gutierrez dijo:

Compartiendo la propuesta de solución efectuada por la colega preopinante adhiero a ella.

Por ello,

LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL,
COMERCIAL Y DE MINERÍA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar a las apelaciones incoadas a fs. 472 y 474/475 y revocar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravio. Asimismo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 471. Las costas serán impuestas de conformidad con lo dispuesto en el considerando VI (art. 68 del CPCC).-

Segundo: En virtud de la modificación ordenada ut supra y la readecuación de los montos por honorarios en virtud de lo normado por el art. 279 del CPCC, se procede a fijar los estipendios de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo en la suma de PESOS OCHO MIL CUATROCIENTOS (\$ 8.400) en conjunto (20% del MB: \$ 42.000, arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles). Por la labor desarrollada por los letrados de la citada en garantía Dra. Lorena Rosana Yensen (en un 14% del MB incrementado en un 40% por el litisconsorcio y 40% por tareas de apoderamiento) en la suma de PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$ 10.544). Todos ellos de conformidad con lo normado por los arts. 6, 7, 8, 10, 19, 38, 39 y ccs. de la Ley de Aranceles.

Asimismo, se regulan los honorarios del perito médico Claudio Edgardo Schoua en la

suma de PESOS DOS MIL CIEN (\$ 2.100), teniendo en cuenta la labor pericial desarrollada y la manera en la que se ha decidido la presente causa.

Por la actuación en esta Alzada, se regulan los honorarios de la letrada de la citada en garantía, Dra. Lorena Rosana Yensen, en el 30% de lo precedentemente regulado; y a los patrocinantes de la parte actora Dres. Javier Andrés Utrero y Julio Guillermo Oviedo, en el 20% de lo oportunamente regulado.

Tercero: Regístrese, notifíquese y vuelvan.

Dr Marcelo A.Gutierrez Dra. Maria Alicia Favot Dra. Elda Emilce Alvarez
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANTE MI:

Dra. Maria Marta Gejo

Secretaria de Camara Subr.