



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRADA BAJO EL N° F°

Expediente n° 167.352 – Juzgado n°7

En la ciudad de Mar del Plata, reunida la Excm.a. **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda**, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **“V., N. O. y Otra c/ R., G. G. y Otra s/ Daños y perjuicios”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

I: En la sentencia del 3 de abril de 2020, la Sra. Jueza de primera instancia resolvió:

a) rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del Código Civil “(hoy art.1741 del C.C.y C)” (sic).

b) hacer lugar a la demanda y condenar a los accionados, conjuntamente con la citada en garantía en la medida del seguro, a pagar a los actores la suma de pesos seis millones ochocientos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

noventa y seis mil trescientos treinta y uno con sesenta y tres centavos (\$ 6.896.331,63).

Apelaron las partes.

Los recursos les fueron concedidos libremente, han sido fundados y también respondidos

II: Los agravios de la parte demandada se pueden sintetizar del siguiente modo:

a) Critica el límite de la cobertura fijado en la suma de pesos tres millones, y argumentando que el contrato de seguro es de consumo, pide la declaración de nulidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad de la aseguradora con base en el art.37 de la ley 24.240, y el notable desajuste de dicha suma diez años después del hecho.

Cita el precedente “Martínez Emir c. Boito” de la SCBA, y sostiene que el notorio desajuste de las sumas de cobertura se advierte al comparar la de \$ 3.000.000 vigente al momento del hecho (mayo de 2010) con su equivalente en salarios mínimos (dos mil) o en dólares estadounidenses (755.667), que a la fecha de presentar sus agravios importa 178 salarios o 40.000 dólares.

Con tal fundamento, entiende que oponer el límite de cobertura vigente al momento del hecho resulta abusivo, por lo que pide la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones de la Superintendencia de seguros de la Nación.

b)En lo que clasifica como su segundo agravio, el letrado apelante pide que - para que se cumpla la finalidad de mantener indemne al asegurado ante el evento previsto (art.109 Ley 17.418)- el límite de cobertura sea actualizado conforme el vigente al momento del efectivo cumplimiento de la condena, citando en su apoyo lo resuelto por esta Sala II



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en la causa 167.638, y destacando que a la fecha en que estaba redactando el recurso, el tope de la cobertura para un seguro voluntario como el de sus mandantes era de diez millones de pesos. Pide también que el Tribunal disponga que ese tope sea reajustado desde su fecha de vigencia hasta la del efectivo conforme el índice de precios al consumidor.

c) En relación a la imposición de costas a la aseguradora por la defensa de sus asegurados que declinó en su oportunidad, se agravia de que se la haya condenado a afrontar los honorarios "...en la proporción que le corresponda...".

Recuerda que los asegurados se vieron obligados a procurarse asistencia letrada tres días antes del vencimiento del plazo para contestar la demanda, y no se verifica un supuesto legal de excepción, considera más justo que la aseguradora asuma la totalidad de los honorarios.

d) En su cuarto agravio se desconforma con la descripción del hecho productor del daño que se hace en la sentencia: estima que no se ha probado que el daño se haya producido porque una bengala se activó cuando era transportada en el vehículo de los demandados.

Luego de repasar las actuaciones penales y civiles, y la intervención del estudio liquidador, concluye que no hay prueba alguna de lo que afirmaron los actores, y que la Sra. Jueza asumió tal hipótesis como verdadera en base a las consideraciones de testigos que tampoco estuvieron en el hecho, y que solo declararon por lo que los mismos actores les contaron.

Revisa detalladamente cada testigo, poniendo de relieve que el único que vio el hecho, A. P. L., describió el suceso a fs.378 haciendo referencia a un foco ígneo sin mencionar bengala alguna, y que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

informe pericial brindado por el Ing. Naval Héctor Lekavicius nada aporta al respecto.

Califica como absurda y arbitraria la conclusión a que se arribó en la sentencia.

e) Juzga excesiva la suma de quinientos mil pesos que - a valores actuales - la Sra. Jueza fijó para reparar el daño moral de la damnificada directa.

Arguye que las lesiones que sufrió A. no fueron gravísimas, que en su mayoría resultaron temporales, que el dictamen de la licenciada Ricchieri indica un tratamiento no inferior a seis meses, que los padres de la menor han reconocido que la niña realiza desde hace tiempo actividades físicas (natación, educación física en la misma escuela, y danza), que la misma perito indicó que la menor no tiene incapacidad “académica actual, ni laboral futura”.

f) El apelante también se detiene a quejarse de la suma otorgada para el tratamiento psicológico de la víctima (\$ 11.088).

Aduce que la Sra. Jueza se apartó del dictamen pericial – no observado- al fijar un año de tratamiento cuando la experta estableció un plazo “no inferior a seis meses”, y luego de presentar sus estimaciones relativas a los minutos que deben durar las sesiones, concluye que el monto no debería superar la suma de \$ 3.166,80 y que estaría cubierto por IOMA, obra social de los padres que incluye a la menor en la protección que brinda.

g) Se agravia de las sumas reconocidas por reparación de la incapacidad psicofísica.

Repasa los daños invocados por los actores al demandar esta reparación, recuerda que el rubro se concibe como la disminución psicofísica que pudiera quedar luego de un período de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

recuperación, y declara no tener dudas respecto a que la menor no sufre incapacidad sobreviniente, y menos que ella pudiera ser permanente o absoluta.

Advierte que las cicatrices no generan incapacidad física, que no hay una tabla de baremos al respecto, y que la perito indica que la víctima no sufre una secuela funcional.

En relación a las cicatrices, el apelante procura poner de relieve todo lo que indique un mejoramiento de la situación de la víctima. Razona sobre la pericia y sus explicaciones para concluir que aquella no tiene un 28,5% de “incapacidad”, a la que en un pasaje de su memorial califica de “total (sic) y permanente”, “violatoria del principio de congruencia, incorrecta, absurda y carente de todo tipo de sustento legal”.

En lo que hace a lo que denomina la “incapacidad psicológica transitoria de la menor”, pone de relieve justamente su carácter transitorio insistiendo en que en ningún punto de su pericia la Licenciada Ricchieri ha dicho que el 20% sea permanente.

Destaca también – en mayúsculas y en párrafos separados – que la Perito no indicó tratamiento farmacológico, ni permanente, ni necesidad de un apoyo terapéutico permanente, y que por lo tanto no hay secuela incapacitante para el resto de su vida.

Considera además que la incapacidad psíquica ha quedado cuantificada e indemnizada al determinar el daño moral.

Se queja de la suma de incapacidades, sin dejar de insistir en su inexistencia, y a los mismos argumentos antes expuestos agrega que las fórmulas solo son aplicables (refiere Vuotto o Méndez) cuando las lesiones incapacitantes son de carácter permanente y total, pero -sostiene- en el caso se ha reconocido a favor de la víctima una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

suma por tratamientos futuros que indican que las lesiones van a ser reparadas.

h) Se agravia de que para el cálculo de la incapacidad se haya tomado la edad de la víctima a la fecha de la sentencia (15 años) cuando se debe partir de los 18 años de edad, pues no podría celebrar contrato de trabajo.

Finaliza impugnando los gastos de tratamiento futuros a los que juzga excesivos e infundados señalando que la parte actora pidió mucho menos de lo reconocido por el rubro en la sentencia, que en el informe pericial se indicó que futuras intervenciones quirúrgicas eran innecesarias, y menos aun en el exterior.

III: Los agravios de la citada en garantía son los que siguen:

a) Pide la nulidad de la sentencia arguyendo que opuso tres defensas: la caducidad de los derechos del asegurado por incumplimiento de la carga de denunciar el siniestro; la falta de cobertura ante una carga explosiva, y como tercera expone la falta de seguro por el daño producido por una carga explosiva”, que califica como un caso de “no seguro”.

El nulidicente sostiene que se trataron las dos primeras defensas, pero que se omitió la consideración de la última, su defensa de “no seguro”. Entiende que se ha omitido tratar una cuestión que juzga esencial.

Subsidiariamente, y para el caso en que el Tribunal rechace la nulidad, pide que se haga lugar a la excepción de “no seguro”, para lo cual destaca que el siniestro fue causado por la manipulación de una bengala “por parte de la menor” en el interior del vehículo asegurado, que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

daño es producto de un acto negligente del asegurado al haber dejado al alcance de la menor un elemento pirotécnico.

Trascribe partes de la sentencia que avalan su postura en cuanto allí se ha considerado como cosa riesgosa productora del daño a la bengala y no al automotor, y pone de resalto que el bien asegurado es el vehículo, y en modo alguno la bengala.

b) Entiende que los fundamentos de la sentencia para rechazar las otras dos defensas no pueden ser “extrapolados” para el “no seguro”.

En particular, critica la atribución de mora en el pronunciamiento del art.56 de la ley de seguros, pues considera que la interpretación del silencio que se hace en esa norma debe ser restrictiva, y como tal, no se extiende a las coberturas no contratadas “por ausencia de un supuesto fáctico esencial”.

Considera además que no ha habido contradicción en los actos de la aseguradora en razón de haber indemnizado los daños sufridos por el automotor, y ello debido a que se trata de distintas coberturas, con diferentes reglas: el incendio ante el que debe responder pues la carga explosiva no excluye el seguro, y la responsabilidad hacia terceros transportados, que se pactó excluida por carga inflamable.

Pide que se revoque la sentencia, se rechace la cobertura, y que los asegurados se hagan cargo de las costas por su defensa.

c) Subsidiariamente se agravia de la valoración y cuantificación de la incapacidad física y psíquica, solo en relación al porcentaje de incapacidad tomado en cuenta (48,5%) y la edad (15) tomada para el cálculo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En lo que hace a la incapacidad pone de resalto que conforme la pericia de la cirujana plástica la menor no tiene dolor, no ha perdido elasticidad por las quemaduras sufridas, no presenta secuela funcional y su incapacidad del 28,5% es estética, respecto de la que señala que “el porcentaje indicado no es por incapacidad”, sino por valoración del daño estético, que además – sostiene - solo es indemnizable en cuanto configure un daño patrimonial.

Repasa la pericia de la Licenciada en Psicología y aquí también pone de relieve que la víctima no padece episodios de re-experimentación del accidente sufrido, que no presenta incapacidad académica actual o laboral futura de origen psicológico o psiquiátrico, y que al ser tratable en un lapso no menor de seis meses, la incapacidad es transitoria, y por lo tanto no puede incluirse en el cómputo del art.1746.

Sostiene que solo puede computarse la edad para la fórmula a partir de los 18 años, pues recién entonces la víctima podrá celebrar un contrato de trabajo sin autorización de sus padres.

IV: Los agravios de la parte actora son:

a) Critica que la designación de la cosa riesgosa causante del daño se haya limitado a la bengala náutica.

Cualquiera haya sido el origen del foco ígneo, los letrados apelantes entienden que se produjo dentro del vehículo BMW X5 en el que sus dueños decidieron transportar a la víctima, por lo que si el daño tuvo su origen en un vicio o defecto del automotor, o de una cosa que era transportada -y en su opinión- ello no modifica la atribución de responsabilidad que se extiende a la cosa y actividad riesgosa.

b) Se agravan del límite de cobertura fijado a la aseguradora en la suma de pesos tres millones.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Con cita de diversos antecedentes, argumentan sobre los diez años transcurridos desde el hecho dañoso hasta la sentencia que reconoce la reparación y que pone en juego la garantía de indemnidad sobre un monto depreciado.

Piden que se modifique la sentencia y se condene a la citada en garantía a responder hasta el límite de cobertura fijado por la SSN para el seguro voluntario vigente al momento del efectivo pago, y adicionando intereses para el cálculo del tope.

Los apelantes fundan el pedido de “adición de intereses” al límite de la cobertura, en el entendimiento de que lo contrario favorecería la deliberada dilación en el pago.

c) En el tercer agravio critican la desestimación del planteo de inconstitucionalidad del art.1078 del CC (ley 340) y el consecuente rechazo de la reparación del daño moral sufrido por los padres de A.

Para ello comienzan señalando que la caracterización de la “gran discapacidad” hecha en la sentencia (con cita de Lorenzetti aunque corresponda a otro autor) mediante un piso del 75% de incapacidad no es una regla absoluta, ni un criterio doctrinario “universal”, y que son preferibles las definiciones de “gran incapacidad” que trasuntan criterios flexibles como aquella que la califica como “la lesión a la autonomía personal que requiere contar con asistencia de terceros para realizar los actos más elementales de su vida”.

En particular, reseñan algunos aspectos salientes del acompañamiento que los padres hicieron de la menor, piden expresamente que se dé lectura a la historia clínica del H.I.E.M.I en cuanto detalla pormenorizadamente las vivencias de la familia, la ayuda básica que debieron prestar a su hija, su estado psíquico, los tratamientos realizados



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que reflejan la dedicación, y la intención de hacer todo lo que estuviera a su alcance, en el país y en el exterior, para aliviar y mejorar su hija.

Sostienen que la Sra. Jueza no ha ameritado que la menor sufrió una discapacidad total durante varios meses requiriendo de sus padres plena atención, como tampoco ha ponderado debidamente que si la consolidación de sus lesiones físicas no alcanza para configurar una gran discapacidad, se podrá limitar el daño moral de sus progenitores al lapso en que la víctima efectivamente la experimentó, pero en modo alguno puede desestimarse por completo la existencia del perjuicio.

No obstante, insisten en que el encuadre del caso en una “gran incapacidad” no es solo temporal sino permanente, y que los padres están legitimados para reclamar un resarcimiento por el daño moral.

Para el supuesto en que no se considere temporal o definitivamente calificado como gran incapacidad el estado de la menor, los apelantes reiteran el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del CC ley 340.

Refutan la acusada insuficiencia argumental explicando las razones de las citas de doctrina y jurisprudencia que avalaron el pedido, que hacen extensivo a la nueva norma en cuanto supedita la indemnización al damnificado indirecto a supuestos de gran incapacidad o fallecimiento del damnificado directo.

Lo hacen poniendo de relieve que las normas (1078 CC y 1741 CCyC) resultan incompatibles con los arts. 19 y 16 de la Constitución Nacional y con la interpretación de ellos que ha hecho la CSJN en “Aquino”, entendiendo que desvirtúan el derecho a la reparación integral al reglamentarlo de modo irrazonable, discriminando a quienes sufren un daño extra-patrimonial indirecto respecto a quienes son indirectamente perjudicados en su esfera patrimonial.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Consideran que la inconstitucionalidad pedida se justifica en cuanto "...la lesión espiritual sufrida por los padres surge diáfananamente acreditada, luego de la constatación de un accidente de suma gravedad, con lesiones masivas y aberrantes, con grave riesgo de no resultar una curación exitosa (claramente el resultado pudo haber sido mucho más desgraciado), aunque siempre con notables secuelas, con afectación funcional y estética con gran incidencia por su localización y resultar una niña la afectada, con secuela psicológica, con una afectación sustancial de la armonía del hogar familiar...", y piden que de receptor el agravio, el Tribunal se expida sin reenvío por cuestiones de economía y celeridad procesal.

d) Se agravan del monto fijado para la reparación del daño moral de la damnificada directa.

Entienden que la Sra. Jueza solo ha tenido en cuenta el daño moral por los sufrimientos ocurridos desde el hecho dañoso hasta la sentencia, sin considerar que le resta enfrentar un período mayor que el vivido hasta el presente donde enfrentará la adolescencia el inicio de las relaciones afectivas y sexuales y vivirá los cambios naturales en su cuerpo e imagen pero "sin la esperanza de encontrar un estado armonioso", y con la necesidad de enfrentar nuevos tratamientos.

Consideran que el monto es escaso, que deben tenerse en cuenta las pruebas testimoniales, periciales y las historias clínicas agregadas, la depreciación del signo monetario desde la fecha en que se demandó hasta la actualidad, y piden que se condene a reparar por una suma no menor a la reclamada en la demanda.

e) Se agravan del monto otorgado para la reparación del daño psicológico.

Se quejan de que se ha considerado el arancel mínimo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a valores de la pericia, debiendo haberse ponderado valor promedios de plaza, los que a la fecha del recurso van desde \$ 800 a \$ 1.600, habiéndose omitido además incluir las evaluaciones que cuestan \$ 2.240, y limitando el tratamiento a un solo año, lo que no se condice con el dictamen general en los puntos 2 a 8 de la pericia.

Recuerdan algunos aspectos de ese dictamen. En particular refieren que la Sra. Perito constató que pasados seis años del hecho el daño persiste, evoluciona la niña afectada, pudiendo verificarse altísimas posibilidades de que sea necesario retomar el tratamiento en otras etapas correspondientes a la maduración biológica de la víctima, lo que – en el razonamiento de los apelantes – insumirán al menos tres años más de tratamiento.

Piden que en la reparación de este daño se reconozca un tratamiento de cuatro años, durante una vez por semana, a valores promedio de plaza, y debiendo adicionarse el costo de los diagnósticos evaluativos.

f) Se agravian de la indemnización fijada respecto a la incapacidad sobreviniente.

En primer lugar critican la injustificada utilización de un promedio entre los resultados de las fórmulas “Vuotto” y “Méndez”, cuando la segunda ha sido el reemplazo de la primera y lo que ha cambiado la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo es la edad productiva (75) y la tasa de descuento que ha reducido al 4%.

Piden que se eleve la indemnización al monto que resulta de la aplicación de la fórmula Méndez, que según sus cálculos es de \$ 9.628.274,55, sobre el 48,5% de incapacidad, y tomando 15 años como la edad inicial, al que consideran como “piso”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Objetan también los parámetros escogidos para el cálculo, proponen otros y obtienen – por aplicación de “Méndez”- la suma de \$ 17.032.430,78.

Con fundamento en que la niña ha concurrido a “uno de los mejores colegios con instrucción bilingüe de la ciudad”, siendo ambos padres profesionales, y considerando “los vínculos laborales y sociales de la familia” los apelantes estiman que la víctima “podrá acceder al mercado laboral luego de culminados sus estudios secundarios, al menos como personal administrativo”, advirtiendo también que - para esa fórmula - debe tomarse como edad inicial la de 18 años.

Luego de sostener que “ni el empleo peor remunerado tiene su piso en ese monto” al referirse al salario mínimo, vital y móvil, consideran que aunque a Abril de 2020 (fecha de la sentencia) estuviera vigente el valor del SMVM fijado en octubre de 2019, ya resultaba desactualizado “al no superar el límite de la indigencia”, y requieren que se tome el salario de inicio básico para empleados administrativos, conforme escala de empleados de comercio.

Finalmente y teniendo en cuenta la preferencia de esta Sala II por la denominada “fórmula Acciarri”, proponen el mismo salario como base, proyectan un segundo tramo con título universitario de Contadora Pública Nacional, con un ingreso estimado de \$ 60.000, y tres períodos más en los que sus ingresos se irían incrementando, con uno final en que decrecerían.

Conforme estas condiciones, el monto por incapacidad arrojaría \$ 19.195.101,05. Piden que se computen estas variables “aun cuando no se considere en el 100% el valor correspondiente a la probabilidad”.

g) En su séptimo y último agravio, los letrados de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actora critican el monto fijado para atender a los tratamientos futuros de la víctima, la falta de consideración de algunas particularidades de este daño y la moneda en que se fijó la reparación sin atender a que se utilizan materiales importados, o a la necesidad de viajar para continuar los tratamientos.

En particular manifiestan que se ha omitido considerar el costo de tratamiento bajo técnicas laser que la perito recomendó al responder el primer pedido de explicaciones; que no se ha tenido en cuenta la importancia que los médicos le han asignado al tratamiento y control efectuado en Estados Unidos, cuyo costo ha de incluir al menos dos pasajes de mil dólares cada uno(U\$\$ 1.000 c/u) más viáticos en igual moneda, y que en total estiman en dos mil quinientos dólares más (U\$\$ 2.500; que el valor para utilizar los materiales importados también se cotiza en dólares (v.g. un expansor tisular rectangular con válvula remota por cada pierna U\$\$ 8.000); que el valor de las cremas humectantes es de \$ 224.000, el de las consultas anuales y terapia ocupacional \$ 264.000, más \$40.000 por kinesiología, con más \$ 227.120 en concepto de honorarios por dos cirugías y un tratamiento laser a valores de la fecha de la pericia.

V: Desde diferentes puntos de vista los recursos coinciden en la crítica de algunos aspectos de la sentencia que pueden ser tratados de manera conjunta, sin perjuicio del análisis ulterior y particular que merezcan algunos agravios específicos de la demandada.

VI: Los requerimientos de la actora y la demandada **respecto a la identificación de la causa del daño**, parecen estar vinculados exclusivamente con la cobertura de la aseguradora.

Las constancias del expediente indican que una definición genérica como la que pretende la demandada, o abarcativa de las cosas y la actividad riesgosas como la que reclama la actora, no modificará la atribución o el alcance de la responsabilidad que la ley asigna a los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

accionados, pues sea que se tenga por causa al disparo accidental de una bengala en el interior del auto, o que permanezca ignorado el origen del fuego que allí se produjo, en nada se altera la responsabilidad de los demandados al no haber ellos invocado una causa ajena que pudiera eximirlos total o parcialmente (v. respuesta a fs.518 y ss; art.1113 CC ley 340).

VI.1: Así circunscripto el objetivo de estos agravios, corresponde recordar que en la instancia anterior la aseguradora pretendió liberarse aduciendo el incumplimiento de la carga de denunciar el siniestro al haberse ocultado el origen del fuego. Sostuvo que el siniestro fue denunciado oportunamente pero de modo incompleto.

El mismo fin buscó la citada en garantía invocando una cláusula convencional, conforme la cual la cobertura quedaba excluida cuando el siniestro tenga su origen en la carga “notoriamente muy inflamable, explosiva o corrosiva”.

También –y por la misma carga explosiva que habría originado el siniestro– la aseguradora invocó la ausencia de seguro respecto a la bengala, aunque a renglón seguido negó que el hecho dañoso hubiera sido causado por una bengala (punto IV fs.582 vta; V a fs.585 vta.; V.b a fs.587 y negativas a fs.589).

Esta última defensa es la única que mantiene en su recurso, y como vimos, acusa la omisión de su tratamiento para pedir la nulidad de la decisión apelada.

VI.2: Las razones expresadas en la sentencia apelada para el rechazo de las defensas van desde la caducidad por el silencio conforme el art.56 de la ley 17.418, durante el considerable lapso de 104 días desde la denuncia del siniestro (fs.1754 punto 7; o menor pero igualmente superior a los 30 días previstos en la norma, si se cuentan desde que el asegurado brindó toda la información el 27.05.2010) al reconocimiento tácito consistente en el pago de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

indemnización por los daños sufridos por el vehículo, pasando por la carta documento del 18.11.2010 en que la aseguradora afirma que “...otorgará cobertura solo por la menor A. ...”.

La carta documento cuya copia obra a fs.398 y 1317 fue reconocida por el representante legal de la aseguradora al absolver posiciones a fs.1103, posición 15, y certificada en su autenticidad por el Correo a fs.1108 y 1719, y por el Perito Contador a fs.1753 vta.

Este último fundamento –el reconocimiento de la obligación de indemnidad mediante la carta documento del 18.11.2010– no fue refutado por el defensor de la compañía de seguros. Ni siquiera fue mencionado en la expresión de agravios de la citada, y al no haber sido objeto de una crítica razonada y concreta (art.260 del CPC) se mantiene enhiesto, y se basta por si solo como sustento suficiente del rechazo de las tres defensas ensayadas (arts.718 a 720 CC ley 340; art.109 LS).

Mediante la declaración efectuada en forma inequívoca y concreta en esa carta documento, la aseguradora ha admitido la existencia de la obligación de “otorgar cobertura” a su asegurado por los daños sufridos por la menor A. a bordo del automotor, “para estar de tal modo a las consecuencias que correspondan conforme a derecho”(Pizarro-Vallespinos “Tratado de Obligaciones”, III-255 nro.2173 a), lo que tipifica un acto jurídico respecto al cual no se ha invocado vicio alguno de la voluntad (dolo, error o violencia), reconocimiento que fue hecho por persona capaz, con objeto y finalidad lícitas, que resulta **irrevocable** “pues una vez realizado no puede ser abdicado unilateralmente por el deudor, ni privado de sus efectos” (Pizarro-Vallespinos ob.cit.tomo III p.258, con cita de Llambías, Borda, Cazeaux y Boffi Boggero).

VI.3: Además, y respecto a la obligación legal de pronunciarse que la aseguradora considera inaplicable al supuesto de “no seguro”, comparto la opinión que sostuvo Rubén S. Stiglitz y sostienen Piedecosas y Meilij (“Notas sobre cuestiones relativas al contrato de seguros” en La Ley 2011-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

E,1206; “El silencio de la aseguradora. En memoria del maestro Rubén S.Stiglitz” AR/DOC/2776/2020; Características de la carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado Revista JA número especial p.949 cit. por Piedecosas en Revista La Ley del 1.09.2020), conforme la cual **el deber de pronunciarse abarca -en principio y salvo pocas excepciones- todos los casos en que hay entre las partes un contrato de seguro válido y vigente, y siempre que haya una denuncia de siniestro.**

Es que “la disposición del art.56 LS, se debe complementar con el deber de información a cargo de la aseguradora, sea que se entienda como un deber secundario de conducta derivado del principio de buena fe, en caso de tratarse únicamente de un contrato celebrado por adhesión (art. 984, Cód. Civ. y Com.), o aún más, se lo entienda como un derecho constitucional que le asiste al asegurado usuario del servicio, en aquellos contratos de seguro que configuran asimismo un contrato de consumo (art. 42, CN; art. 4º, ley 24.240 s/ ley 26.361; art. 1100, Cód. Civ. y Com.) (Federik, Carlos J.M “El art.56 de la ley de seguros y las denominadas exclusiones de cobertura. Argumentos para un debate que pareciera no tener fin” en RCyS 2019-VIII,191 AR/DOC/1853/2019, con cita del Tribunal Superior de Córdoba).

VI.4: Por otra parte entiendo que le asiste razón a la demandada respecto a la causa del daño, pues la pretendida ubicación del caso fuera del contrato vigente (no seguro) requería una conducta procesal concreta destinada a clarificar y probar que la causa del siniestro era ajena al riesgo cubierto (daños causados a terceros transportados en el automotor asegurado) que tampoco se ha cumplido en este expediente.

Dicho de otro modo: el daño -y no hay duda de ello- se produjo por fuego dentro del auto, y la compañía que tiene asegurado ese vehículo no probó la desviación del curso causal presumido, esto es no acreditó que el fuego se originó en un riesgo ajeno al propio de ese automotor.

La falta de actividad útil en tal sentido se refleja directamente en la determinación de la cosa riesgosa causante del daño, y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

parece estar en lo cierto la demandada cuando señala que no hay prueba idónea y **oponible a los asegurados** de que el fuego se haya producido por la explosión de una bengala.

Me apresuro a aclarar que tengo presente las afirmaciones de la actora en la denuncia penal (fs.326 vta.) o en esta demanda civil (fs.9 vta), en las que atribuye las quemaduras al disparo accidental de una bengala en el interior del auto, pero tales expresiones no han sido avaladas por prueba suficiente e idónea para que puedan hacerse valer frente a los demandados/asegurados quienes negaron esa circunstancia tanto en la respuesta a la demanda (fs.519 vta. punto 8 ;al igual que la negó la aseguradora a fs.589), como al absolver posiciones (fs.1104 a 11079).

También es correcta la afirmación de la accionada respecto a que de todos los testigos que declararon, y algunos de ellos dando por cierta la versión de la bengala, solo A.P.L. (fs.1314 ratificado a fs. 1547) estuvo presente en el momento del hecho, y se limitó a afirmar que había fuego adentro del vehículo, de un color intenso, muy fuerte, naranja, que salía de atrás y no de adelante, del motor.

Los otros testigos, son testigos de oídas (fs.996 respuesta a la pregunta 17; fs.997 respuesta a pregunta 4; fs.1004 respuesta a pregunta 17; fs.1315) que en este aspecto repiten los dichos de la parte actora tal como repasa detalladamente la demandada. No hay informe de bomberos (fs.1361/1363), ni pericia realizada sobre el automotor que indique la causa del fuego.

Los testigos de oídas, que repiten los dichos de la actora ninguna prueba útil aportan (art. 384 del CPC).

VI.5: Aun conjeturando sobre la intervención de la bengala en el origen del fuego (por hipótesis en razón del color del fuego, cuestión que debería haber sido determinada por peritos), el disparo habría ocurrido dentro del automotor como lo reconocen todas las partes (agravios de la citada y puntos de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pericia al Ingeniero Naval a fs.612 vta).

En tal supuesto, y como bien dice la actora, podría igualmente predicarse que al ocurrir el daño dentro del automotor, este - como cosa riesgosa- mantendría una intervención causalmente activa. Baste pensar que habría resultado una condición necesaria para que la supuesta bengala quedara ardiendo dentro del vehículo, y quemara a los pasajeros en lugar seguir su camino.

VI.6: Estos razonamientos subsidiarios son útiles para advertir que -aun siendo posible que el fuego se debiera a una bengala- la hipótesis ha quedado solo en eso, en la mera conjetura nunca confirmada por falta de prueba idónea.

De todos modos son consideraciones secundarias. La razón principal que sustentó el rechazo de las tres defensas de la aseguradora en la sentencia apelada, es el reconocimiento expreso de esa obligación de indemnidad realizado mediante la carta documento del 18.11.2010.

De allí que juzgo improcedente la nulidad peticionada respecto a la defensa de "*no seguro por resultar el riesgo ajeno al cubierto en el contrato*", en razón de que también resultó alcanzada por aquel fundamento suficiente contenido en la sentencia (art. 253 del CPC).

VII: En torno al alcance de la obligación de indemnidad de la aseguradora, considero que les asiste razón tanto a la actora como a la demandada.

Conforme el antecedente que ellas mismas invocan (esta Sala II causa nro.167.638 voto del Dr.Monterisi), hemos entendido que la doctrina legal del la SCBA en el caso "Martínez, Emir c. Boito" corresponde al supuesto de seguro obligatorio, pero que para el seguro voluntario como en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

este caso, de todas las opciones utilizadas por distintos tribunales del país, resulta más justo el criterio que fija el tope de la obligación de indemnidad, límite, o medida del seguro pactada, en el monto dispuesto por la Superintendencia de seguros vigente al momento del efectivo pago.

VII.1: Los intereses que las partes solicitan adicionar a ese monto límite pactado, para incrementar ese tope y desalentar la deliberada dilación en el cumplimiento de la sentencia, no resultan admisibles.

La aplicación de intereses moratorios como consecuencia del incumplimiento temporal, o eventualmente los sancionatorios (art.622 3er. Párrafo CC ley 340) ante la concreción de la conducta temida por la actora, se reflejan en el crédito a la reparación, incrementándolo en función del tiempo transcurrido y la tasa aplicable, y reconocen como causa la indemnización del daño moratorio o la sanción por la inconducta procesal maliciosa.

Los intereses se agregan al capital de un crédito, no se adicionan a un monto tope porque este es solo una regla (contractual) aplicable a la obligación de indemnidad, pero no constituye una obligación de dar sumas de dinero u otro tipo de cosas fungibles (arts.622 CC y 1527 CCyC).

VII.2: En cambio la mora del asegurador opera de modo diferente sobre la cláusula que limita cuantitativa o cualitativamente su obligación, conforme lo determina el art.50 de la ley 17.418 y la interpretación que de esa norma han hecho doctrina y jurisprudencia (Stiglitz, Ruben S. "Derecho de seguros", Abeledo-Perrot Bs.As.1997, II-459 nros.712,713,714 y fallos allí citados): la aseguradora en mora no puede oponer el límite pactado en cuanto el desfasaje sea consecuencia de la mora.

Dicho de otro modo: en la medida en que la mora influye en la disminución real (no nominal) del crédito a la reparación, la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

citada no puede invocar dicho límite, pues importaría tanto como trasladar al acreedor las consecuencias de la mora del deudor, cuando el principio general es el opuesto (arts.508 CC ley 340; 888 CCyC) al igual que su aplicación en la ley especial (art.50 ley 17.418).

En situaciones como esta otros Tribunales han optado por reajustar el tope vigente sin limitarlo al máximo, y lo hacen conforme el reajuste proporcional sufrido por la prima (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Pergamino: causa N° 2237-14 caratulada "Brethauer, Sergio Gerardo c/ Iñiguez, Sandra Fabiana y otros s/ daños y perj.autom. c/les. o muerte (exc. estado)" , expte. n° 75.867 y sus acumuladas n° 3213-18 "Torrilla, Veronica Viviana c/Iñiguez Sandra Fabiana y otros s/daños y perj. autom. cles. o muerte (exc. estado)" (expte. n° 78.174) y n° 3214-18 "Almiron Maximiliano Andres y otros c/Iñiguez Sandra Fabiana y otros s/daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc. estado)" Expte. N° 76.817).

Los motivos que fundaron esa decisión de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Pergamino son claros:

“...si el asegurador ha ido aumentando progresivamente la prima del seguro como consecuencia de la tendencia inflacionaria de la economía nacional sin que tenga ello relación con una mayor amplitud de la prestación brindada, no puede luego venir a pretender la inalterabilidad absoluta del límite de la cobertura con fundamento en que la misma era la históricamente vigente al tiempo de la ocurrencia del siniestro”.

“Tal actitud no sólo omite la obvia circunstancia de que el precio de la prima es la lógica contrapartida de la cobertura asegurativa, sino que además evidencia una contradicción manifiesta entre los parámetros que el asegurador aplica para resguardarse de las externalidades económicas (inflación) y aquellos que pretende aplicarle al asegurado frente a idéntica contingencia”.

VII.3: Agrego este último razonamiento a la nulidad de las cláusulas que eximan de responsabilidad por mora, en consonancia con ella, y para que los daños por mora sean absorbidos por el deudor moroso y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

mantener el equilibrio contractual, corresponderá reajustar el tope `por el índice de precios al consumidor tal como piden la actora y la demandada, desde la fecha en que hubiera entrado en vigencia el límite dispuesto por la SSN, vigente al momento del efectivo pago, hasta que se produzca la efectiva extinción de la obligación.

Nada impide el reajuste del máximo mediante actualización, repotenciación, indexación o como quiera llamársele de un tope, de un límite contractual. No hay infracción a los arts.7 y 10 de la ley 23.928 en tanto no se reajusta una obligación.

En síntesis, el tope será el vigente al momento del efectivo pago, actualizado por el IPC desde que comenzó a regir hasta la extinción de la obligación.

VIII: En torno a los daños sufridos por la damnificada directa, y los montos fijados para su reparación propongo que se haga lugar parcialmente a los recursos de las partes.

VIII.1: El daño material por lesión a la psiquis.

Le asiste razón la actora respecto a que deben considerarse valores promedio de lo que se cobra la sesión. El mínimo sugerido por el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires es de \$ 672, hay terapeutas en la ciudad que cobran \$ 5.000 por sesión, pero el promedio a febrero de 2021 ronda los \$ 1.600 y \$ 2.000.

Si bien es cierto que la perito indica un tratamiento “no inferior a seis (6) meses”, también lo es que al responder las explicaciones (fs.1654/55) admitió que la víctima deberá recurrir al apoyo psicológico cada vez que enfrente situaciones de desequilibrio a lo largo de su vida, ejemplificando con la pubertad y la adolescencia, recomendaciones que repite a fs.1665 al responder las explicaciones que le pidiera la citada en

garantía.

No son de recibo en cambio las críticas de la demandada que en su recurso llega a afirmar que la pericia no fue observada (punto 7.2. de los agravios de la demandada), que además parece entender que al no indicarse el tiempo de cada sesión esta debe ser menor de 50 minutos, por lo cual la estima de 30 minutos, ergo más barata, y que pretende que IOMA cubrirá el daño que su parte debe indemnizar.

La pericia fue observada a fs.1640, y la Sra. Perito brindó explicaciones a fs.1655.

No se exhibe un motivo válido en la pretensión de reducir el tiempo de la sesión, y además “no puede coartarse la facultad de la víctima de elegir la técnica de su preferencia y que repute más idónea” (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños: Daños a la personas: Integridad Psicofísica” t.2 b. 222. Hammurabi, Bs.As.2005).

Si la obra social IOMA, eventualmente, llegase a cubrir en todo o en parte el tratamiento de la víctima, ello no es argumento suficiente porque no basta el mero contrato afiliatorio, es necesario demostrar la cobertura efectiva del tratamiento (Zavala de González, M.ob.cit.p.110) lo que no ha sucedido en este expediente.

Si bien la Sra. Perito ha señalado que la menor deberá recurrir al tratamiento cada vez que le toque enfrentar las situaciones de desequilibrio propias de la evolución normal de la vida humana, se ha limitado a proponer dos situaciones de esas a mero título de ejemplo (adolescencia y pubertad), sin indicar con un poco más de precisión cuales pueden ser las concretas necesidades al respecto.

No obstante el daño futuro es cierto -con la certidumbre probabilística requerida por el derecho- ha sido probado, es personal del que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

lo sufre y afecta un interés legítimo, por lo que conforme el art.165 del CPC corresponde que el Tribunal lo determine.

Considero que al tratamiento inicial estimado en un año, debe agregarse -como mínimo estimado- otros tres períodos por tiempos no inferiores a cuatro meses cada uno, con sesiones semanales de 50 minutos, por lo que a las 52 del primer año corresponde adicionar 48 sesiones haciendo un total de cien (100).

El valor de la sesión de psicoterapia se estima en un promedio de \$ 1.800 al 23 de febrero de 2021, por lo que la indemnización por el rubro se eleva a la suma de pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000) a valores actuales, con más intereses.

VIII.2: La demandada y la citada en garantía aducen en que el daño estético no genera incapacidad laboral o funcional en la damnificada directa. Es más, la demandada dice agravarse “enormemente” al respecto, y aventura la tesis de que la lesión estética - que reduce al glúteo y cara posterior del muslo- no “repercute ni incide en las posibilidades presentes y futuras, laborales ni intelectuales de la menor” (punto 7.3.2 de la expresión de agravios).

Tal afirmación parece propugnar la indiferencia actual y futura de tales lesiones cuya gravedad - once años después - se aprecia a simple vista en las fotografías de fs.1564 y 1565.

No me parece razonable pretender que la afectación estética opere en planos separados, como si fuera posible desintegrarlos del individuo único, que sea factible dividir su influencia en parcelas aisladas cuando es sabido que tienen indudable incidencia recíproca (Cam.Civ y Com.Morón Sala II, JA 1985-I-646), y entiendo directamente inadmisibles proponer aquí que las piernas y glúteos quemados desde los cinco años en la hoy adolescente de 16, sean solo eso y no le generen desventajas,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

minoraciones, y temores a la hora del desenvolvimiento laboral o funcional.

“Por el contrario, decía Matilde Zavala de González (ob.cit.p.301), suele existir una íntima relación entre la lesión estética o la síquica y la incapacidad: la primera puede ser fuente de ésta y gravitar inclusive en el ámbito laboral, como cuando la apariencia física tiene incidencia en el desenvolvimiento productivo (según ocurre en todos los trabajos en que cuenta la “buena presencia”).Es decir en numerosas ocasiones, dentro del rubro incapacidad cabrá ponderar la influencia del desmedro estético de la víctima en sus posibilidades económicas actuales y futuras, además del perjuicio espiritual que acarrea.”

Es evidente que tanto para la adolescente de 16 que es hoy y la mujer que será, esas lesiones y el trauma vivido han de persistir negativamente en su integridad psicofísica, única e indivisible, condicionando negativamente su desenvolvimiento personal, social, laboral e intelectual de un modo injusto (CNTTrab, Sala III, 26.06.2019.LL online AR/JUR/27064/2019, citado por Jalil, Julián E. “La lesión a la integridad estética y su encuadre como rubro indemnizatorio en el Código Civil y Comercial” en RCyS 2020-XI,24 LL online AR/DOC/2542/2020).

De allí que corresponda para estos casos, al menos, **la indemnización por pérdida de chance** laboral, para lo cual “...basta la desventaja o inferioridad que suscita la situación estética del damnificado dentro de las oportunidades que ofrece el mercado laboral”... “En muchas actividades, aun no existiendo estrecha o directa trabazón entre la apariencia física y la función a desempeñar, aquella influye decidida aunque solapadamente: sin generar un franco y radical obstáculo, da lugar a una seria merma en las armas o recursos para obtener ocupación. No se trata aquí de incapacidad laborativa , sino de minoración de potencialidades de esa índole...” (“El daño estético”, Zavala de González, Matilde en LL 1988-E,945 con cita de Alberto G. Spota en nota 64).

VIII.3: En lo que hace al carácter permanente o



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

transitorio de las lesiones psíquica y estética que generan incapacidad, cabe recordar que es permanente aquella incapacidad que perdura a pesar de la asistencia brindada a la víctima, implicando secuelas anormales que se extienden por el resto de la vida del sujeto (Zavala de González, M. Ob.cit.2-a p.283).

“...El límite entre incapacidad transitoria y permanente puede ser difuso o dificultoso cuando se trata de situaciones intrínsecamente progresivas” dice la autora cordobesa. De allí la importancia de la pericia, que en este caso nada dice sobre este aspecto, aunque es posible concluir de su íntegra y reiterada lectura que la posibilidad de superación de las lesiones estéticas aparece como conjetural. “Únicamente en este último caso la incapacidad debe valorarse como definitiva” (autora y ob.cit.p.284 y 285).

Salvo el deseo de que las lesiones apuntadas sean transitorias y no definitivas, nada indica que los tratamientos no queden en meros intentos que no fructifiquen, o en paliativos, o que tengan éxito parcial. En ninguna de las pericias se pronostica una superación total o parcial. La admisión de los tratamientos no hace necesariamente pronosticable la dificultosa superación.

Desde la fecha del accidente hasta la del examen por la Perito médico (Fs.1566 punto 1 18.05.2016) transcurrieron seis años, y pese a los esfuerzos de los que dan cuenta las pruebas realizadas, tanto la reticente Perito Médica, como la Perito psicóloga no pudieron considerar superadas las lesiones sufridas.

VIII.4: La impresión que genera el informe de la perito médica, especialista en cirugía estética, Dra. Cristina del Valle Ovejero, es la de un desempeño -como ya dije- reticente, que exhibe una manifiesta insuficiencia de las explicaciones que -como auxiliar del juez- debe brindar.

La falta de respuestas concretas a las preguntas sobre el dolor y las evidencias en las historias clínicas respecto al constante



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

suministro de analgésicos; la omisión de responder el pedido de aclaraciones referido a la secuela estética que se advierte en otros sectores distintos de los dos a los que ella las limita inicialmente (fs.1617 y vta. contra la evidencia de las fotos que ella agrega a su pericia (fs.1564), y lo que surge de las historias clínicas respecto a los otros sectores comprometidos); la inexplicable diferencia entre la respuesta 16 a fs.1570 referida a esas mismas secuelas, y la que ensaya a fs.1633 vta. respuesta 6; la reticencia a utilizar el baremo laboral aduciendo falta de especialidad, y otros tantos defectos de su informe, ponen en cuestión la pericia.

Solo uno de estos aspectos fue explicado recién en el segundo pedido de explicaciones ante la notoria persistencia de la parte actora, y es el referido a las secuelas, pero no parece haber sido tenido en cuenta para la determinación del daño.

Al determinar el porcentaje de “valoración del daño estético por cicatrices”, no sabemos si la Sra. Perito tomó en cuenta las secuelas informadas a fs.1570 o si consideró las otras que recién incorporó al responder el segundo pedido de explicaciones. (fs.1633). Aparentemente tomó las primeras porque al ampliar la enumeración de secuelas no modificó su respuesta 21 inicial.

Si ese porcentaje de valoración se calcula sobre las cicatrices, y así parece indicarlo la Perito (fs.1571 respuesta 21), y también el baremo nacional de las aseguradoras de riesgos del trabajo (“Código de tablas de incapacidades laborativas”, Santiago J. Rubinstein Lexis -Nexis, Bs.As.2007 pag.337nros. 13 y 14), y se avalúa su extensión, profundidad, el compromiso de la movilidad articular y las **secuelas estéticas**” (ob.cit.p.338), entonces es muy posible que respecto a esas últimas la diferencia entre el informe inicial y la respuesta al segundo pedido de explicaciones lleve a que haya determinado un porcentaje de “valoración del daño estético-incapacidad” menor al que corresponde.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

No obstante, lo que tenemos es esa pericia y en base a ella corresponderá definir la pérdida de oportunidades que provoca el daño estético, estableciendo conjuntamente con la incapacidad estética, un porcentaje global.

VIII.5: Como bien se advierte desde la doctrina y los reiterados fallos, nada obliga al juzgador a atarse a los porcentuales de incapacidad laboral fijados por el perito y cuantificar linealmente -y en esa misma proporción- la repercusión negativa que tales lesiones tienen en la aptitud de la víctima para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

“Para cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente deben analizarse las características particulares del caso y las condiciones personales de la víctima en orden a definir con cierto grado de proximidad *en qué medida la incapacidad puede gravitar en sus actividades habituales*, para luego fijar el monto (arts. 165 3er párrafo, 375, 384, 484 del CPC; v. causa n° 165.634)”. En el mismo sentido puede verse la opinión de Pizarro - Vallespinos en “Tratado de responsabilidad civil” Rubinzal-Culzoni tomo I p.749, Santa Fe, Octubre de 2017.

En definitiva y como bien explica Iribarne (Iribarne, Héctor “De los daños a la persona” Ediar, Bs.As.1995 p.517) se trata de que el Juez comprenda que es lo que puede hacer el lesionado con su capacidad residual, que posibilidades le restan y cuales disposiciones ha perdido.

VIII.6: La perito señaló un 28,5% de “valoración del daño estético para incapacidad” (fs.1570 vta.1571,2), aunque también dijo que la niña “no presenta secuela funcional”(fs.1570 respuesta 16), sin pronunciarse en concreto sobre la incapacidad laboral.

La necesidad de determinar porcentualmente la frustración de oportunidades que el daño estético le provoca, y ello agregado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a la ya fijada incapacidad psicológica del 20%, me llevan a concluir que el agregado de aquella incapacidad y la pérdida de chance, debe estimarse en porcentaje de incapacidad laboral total del 35%.

La edad inicial a computar es la de 18 años, conforme lo piden la demandada y la citada en garantía, y lo admite al expresar agravios la actora.

En cuanto al monto del ingreso para la base de cálculo, y sus posibilidades de aumento o disminución, considero que es prudente mantener - para el caso- el salario mínimo, vital y móvil, ajustado al vigente al momento de la sentencia.

Cuando la víctima es una niña que tenía cinco años al momento del accidente y tiene 16 a la fecha de esta sentencia, la proyección de sus ingresos futuros a tan largo presenta dificultades casi insuperables que, en principio, no pueden resolverse atendiendo a la subjetiva opinión sobre la suerte laboral de los egresados del colegio al que asiste, o los vínculos sociales de sus padres.

Si bien autores relevantes en la materia, como Pizarro y Vallespinos (Tratado...ob.cit.t.I p.775), y Acciarri (Acciarri, Hugo A. *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, Buenos Aires: La Ley, 2015, pág. 250), admiten la posibilidad de tomar como base al promedio resultante de las convenciones colectivas de trabajo más representativas al modo en que lo propone la actora con el salario del empleado de comercio, también advierten que eso es posible si la víctima contase con una capacitación especial, y que debe valorarse esa situación en una plaza con sobre oferta de mano de obra (p.751).

En modo alguno se pretende con ello propugnar la utilización del salario mínimo como pauta irremplazable, sino que a falta de elementos objetivos que permitan trazar una prospectiva más clara, sigue



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

siendo la pauta que aparece más razonable.

VIII.7: La utilización de un promedio entre las fórmulas Vuotto y Méndez “carece de asidero” dice la actora. Se trata de una descripción objetiva pues por todo fundamento se lee un párrafo que reza: “*atento las diferencias que surgen de ambos cálculos y lo peticionado en la demanda, considero justo y razonable establecer un promedio entre ambas*” (fs.2039 vta.2do.párrafo).

Con los límites normativos del art.1746 CCyC, los jueces podemos elegir libremente los instrumentos de medida que utilizamos para cuantificar la indemnización de ese daño, pero estamos obligados a explicar razonadamente porque elegimos esos y no otros, y de qué modo los aplicamos cumpliendo con el art.3 del Código Civil y Comercial.

¿Por qué es justo y razonable promediar entre dos fórmulas que no tienen los mismos elementos?. ¿cuál prueba “obrante” se analizó y de qué modo se aplicaron las reglas de la sana crítica para concluir que era “justo y razonable” promediar?, **¿cual fue el cálculo?** La sentencia no lo expresa. Como reflexiona Guibourg en recomendable artículo (“Los misterios del buen cubero” AR/DOC/1484/2016; LL 2016-C,1281) ”Conformarse con ignorar ese cálculo ¿no se parece un poco a lo que solemos llamar arbitrariedad?”.

En la causa 168.070 sentencia del 9.10.2019, el Dr. Monterisi trató este mismo problema del promedio entre dos fórmulas y dijo al respecto:

“...conviene tener presente que existen diferencias sustanciales entre el sistema de cálculo conocido como “fórmula Vuotto” (desarrollada por la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo in re “*Vuoto, Dalmero c/ Telefonken Argentina S.A.*”, sent. del 16-VI-1978) y la denominada “Méndez” (mismo Tribunal, in re “*Méndez Alejandro Daniel C/ Mylba S.A. Y Otro S/ Accidente*”, del 28/04/2008). Diferencias que van desde el modo de computar los ingresos, a la variabilidad potencial de estos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

últimos, al límite etario hasta el cual se mensura el daño, entre otros aspectos. Las diferencias no son solo cuantitativas (véase que el resultado de una triplica al de la otra) sino conceptuales: la fórmula “Méndez” contempla la variabilidad ascendente en los ingresos del trabajador para superar las críticas técnicas efectuadas por la Corte Federal en el caso “*Arostegui*” (Fallos: 331:570).”

La decisión justamente criticada por la actora, y por motivos diferentes por la demandada, parece partir de considerar que el resultado de una fórmula es una mera “pauta orientadora” que el juez puede modificar acudiendo a la prudencia o a la razonabilidad.

Sobre esta idea y en otra oportunidad, mi colega de sala también ha expresado (“*Paco Beltrán, Rodolfo...*”, Sala Primera, c. 164033, del 21/08/2018) explicando que “La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.”

“La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio.”

“Pero el esfuerzo en reducir ese margen de discrecionalidad a través del uso de fórmulas de cuantificación resultaría frustrado si los resultados obtenidos son considerados como “un elemento más” que puede ser luego prudentemente modificado por el juez”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

“De así hacerlo no solo la discrecionalidad se mantiene intacta, sino que se acompasa de un error aún más grave: utilizar un cálculo u operación de cuyo resultado el propio juez desconfía, a punto tal que puede ser morigerado o incrementado con base a parámetros inverificables.”

“No parece tener sentido que los jueces confiemos en la matemática para sumar $2+2$ si a la par nos reservamos la facultad de afirmar que el resultado 4 es injusto por ser poco o por ser mucho y de resolver -prudencia mediante- que en el caso particular que nos toca decidir debe ser 5 o 3. En tal supuesto, el disgusto del juzgador con el resultado de un cálculo refleja en verdad un problema anterior: o bien la elección de una fórmula que no satisface las pretensiones conceptuales que justifican su utilización en el pleito, o bien su operación se hizo con base en variables incorrectamente mensuradas.”

Trascribo estas reflexiones por considerarlas plenamente aplicables a este promedio entre fórmulas.

IX: Tampoco me parece correcta la utilización de la fórmula “Mendez”.

Bien ha dicho el Dr. Monterisi que “hay razones más específicas por las cuales este Tribunal opera con la fórmula Acciarri en lugar de la denominada “Méndez”. La “sub-fórmula” que contempla ésta última para captar la variabilidad probable de los ingresos de la víctima intenta reflejar el escenario más frecuente consistente en que las personas alcanzan el tope de remuneración en su madurez y no en su juventud (según la Sala III de la CNAT, a los 60 años). Sin embargo, el resultado de aquél cálculo no es el ideal: arroja el valor máximo de ingresos que la víctima tendrá a los 60 años (su “pico” de productividad) y lo utiliza de manera uniforme y constante para calcular la merma en sus ingresos en todos los períodos, incluidos los de su juventud. O sea, con la fórmula Méndez subsiste el problema de la fórmula Vuoto: las rentas cuyo valor presente se



calcula son constantes y no variables, lo que implica que se sobreestima la incapacidad en los períodos iniciales (Acciarri, Hugo A., "Elementos del análisis económico del derecho de daños", Buenos Aires: La Ley, 2015, pág. 283; esta Sala, causa 170.019 - "Rivarola, Hugo D."- del 08-10-2020)."

La aplicación de las pautas a la fórmula Acciarri termina arrojando un monto menor al de primera instancia, lo que queda legitimado por los recursos de la demandada y la citada en cuanto al porcentaje de la incapacidad.

Su fórmula es la que sigue:

$$\frac{A_1}{(1+i)} + \frac{(1-p_2)A_1 + p_2A_2}{(1+i)^{e_2-e_1+1}} + \dots + \frac{(1-p_k)[(1-p_{k-1})A_{k-2} + p_{k-1}A_{k-1}] + p_kA_k}{(1+i)^{e_k-e_1+1}} + \dots$$

$$\dots + \frac{(1-p_n)[(1-p_{n-1})A_{n-2} + p_{n-1}A_{n-1}] + p_nA_n}{(1+i)^{e_n-e_1+1}}$$

En ella, ["A1...An"] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1...n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [e1...en], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual A1...An y ["P"] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A2 hasta An) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente- respecto del ingreso del período precedente (An-1).

A fin de proceder a la carga de datos que me permita obtener la renta capitalizada que prescribe el art. 1746 del CCCN, he tomado en cuenta las siguientes variables:

i) Edad inicial: 16 años (he preferido la opción a) del Instructivo de uso de la Planilla para el cálculo, www.derechouns.com.ar, es decir la edad de la víctima al momento de la sentencia).

Para los dos primeros años (16-18) no proyecto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ingresos por ser la edad de 18 años la admitida por la ley 20.744 para celebrar contrato de trabajo, admitida por la actora para la fórmula Acciarri, y propuesta por la demandada y la citada en garantía como inicio de su actividad laboral. Parto de los 16 años porque el dinero va a ser percibido antes de los 18, a los fines de la tasa de descuento.

ii) Porcentaje de incapacidad: 35 % (considerando VIII.6).

iii) Tasa de descuento: se aplica una tasa de interés puro del 4 % anual (sin el componente inflacionario), que se va a descontar por el adelanto de sumas futuras (esta Sala, exped. 161.169 y 162.661).

iv) Los ingresos y períodos de percepción: Como adelanté tomaré en cuenta como ingreso inicial el salario mínimo vital y móvil (considerando VIII.6), que a la fecha de esta sentencia asciende a la suma de \$ 21.600 (a partir del mes de marzo de 2021, según Res. 4/2020 del CNEYPSMVyM del Ministerio de Trabajo), con más el SAC.

En cuanto a la edad hasta la que se efectuará el cómputo, considero que debe elevarse hasta los **79 años**, que es la establecida por el Indec como el promedio de vida para las mujeres en la Provincia de Buenos Aires (78,69 años, en “Proyecciones provinciales de población por sexo y grupo de edad 2010-2040”, www.indec.gov.ar, “Población”, punto 3: “Proyecciones de mortalidad. Esperanza de vida al nacer en la Provincia de Buenos Aires”, período 2008-2010, esta Sala II, exped. 137.518, 165.213, 166.214, entre otros).

v) La posibilidad de incremento: en atención a la edad en que se inicia el cálculo, he considerado: **a)** un primer período entre los 18 y los 25 años (que puede corresponderse con la finalización de una carrera universitaria) cobrando el salario mínimo vital y móvil; **b)** una segunda etapa entre los 25 y los 35 años con un incremento del 30 % de sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ingresos con una probabilidad del 100%; **c)** un tercer período entre los 35 y los 50 años con un incremento del 50 % en los ingresos con un 100% de probabilidad, por corresponderse con la etapa de mayor productividad de las personas; **d)** entre los 50 y los 65 años, un incremento del 30 % con un 100 % de probabilidad; y, **e)** un último período entre los 65 y los 79 años sin incrementos proyectados.

Computadas estas variables en el aplicativo referido, se pueden controlar tanto los datos como el resultado, y analizar la representación gráfica de ellos y de la evolución prevista, tomando los ingresos presumidos sólo como parámetro para la cuantificación. Para cada año de aporte probable la columna de la derecha representa el ingreso anual presunto proyectado y la columna de la izquierda el valor esperado del ingreso.

El cálculo para indemnizar este rubro arroja así la suma de pesos tres millones trescientos treinta y dos mil quinientos treinta y siete con sesenta y nueve centavos (**\$ 3.332.537,69**).

Por lo demás, no se aprecia que las ya mencionadas secuelas psíquicas y estéticas vayan a alterar las restantes aptitudes vitales y genéricas (no estrictamente laborales) de la niña A., motivo por el cual no corresponde adicionar a la suma establecida en el párrafo anterior una indemnización complementaria (art. 1746 *a contrario* del CCyC; Sala II, c. 16169 -"Ruiz..." del 18/08/2016).

X: La estimación del monto que pueda indemnizar el daño moral de la damnificada directa ha dado lugar a opiniones diferentes entre las partes. La demandada juzga excesiva la suma de \$ 500.000 fijada en la sentencia (fs.2034) y la actora la considera escasa.

Tiene razón la parte actora.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Las quemaduras sufridas por la víctima desde los cinco años edad, las consecuencias que permanecen -y permanecerán- en su cuerpo y en su psiquis del modo ya comprobado, y la entidad objetiva del menoscabo causado, hacen que el daño moral, como modo de estar diferente a raíz del hecho, adquiera una particular gravedad.

El innegable dolor sufrido en el hecho y en cada intervención, curación, lavaje, etc.. La angustia y la inseguridad que tal situación provocó en una nena de cinco años, al no poder entender como su vida se convirtió en un peregrinaje constante entre médicos, kinesiólogos, enfermeros, psicólogos, y dejó de ser - de un momento para otro - aquella que compartía con sus amigos y compañeros de colegio. Tales manifestaciones son solo una parte de ese estado “anímicamente perjudicial”.

Debe tenerse en cuenta que las lesiones lucen permanentes, que inciden negativamente en su actual adolescencia y que condicionarán su vida social, laboral, y personal actual y en todos y cada uno de sus días por vivir.

No sé si el daño moral causado es mayor que el patrimonial, es posible que lo sea, lo que estoy seguro es que resulta más evidente en el sufrimiento padecido, y más perceptible en su proyección que el perjuicio material. En mi opinión la posibilidad de que la indemnización cumpla mínimamente con alguna satisfacción compensatoria o sustitutiva, requiere fijarlo en la suma de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000), en valores a la fecha de esta sentencia.

XI: Respecto a los **tratamientos futuros**, entiendo que el recurso de la actora debe progresar parcialmente y rechazarse el de la demandada.

a) No advierto la desproporción que denuncia el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

denodado defensor de los demandados. Todos los tratamientos aconsejados que pudieran resultar razonablemente idóneos para subsanar, mejorar, o ayudar a sobrellevar siquiera parcialmente las secuelas desfavorables del hecho, que han sido admitidos pericialmente (Zavala de González, M. "ob.cit.2ª p.103), deben integrar el resarcimiento.

Toda duda - explica la autora - debe inclinarse a favor de la víctima confiriendo a ésta la posibilidad de agotar los medios científicamente existentes para intentar su mejoría, inclusive frente a lesiones de difícil pronóstico o de procedimientos de eficacia relativa (ob.y pág cit.).

b) Las cremas humectantes y protectores solares fueron incluidas por la Perito Médico a fs.1570 y 1633. A valores actuales superan los \$ 1.000 por unidad, resultando razonable el consumo bimestral. Considerando 6 cremas y 2 bloqueadores, se arriba a la suma de pesos ocho mil (\$ 8.000) por año. Desde la promoción de la demanda hasta "la adultez" que la actora ha limitado a un total de 20 períodos, se arriba a la suma de pesos ciento sesenta mil (\$ 160.000), a valores actuales.

c) Los gastos por honorarios médicos y derechos sanatoriales a la fecha de la pericia en \$ 140.000, deben ratificarse en la medida en que no se ha demostrado el error de la perito al respecto.

A ello corresponde adicionar el costo previsto a fs. 1635 del tratamiento laser propuesto por la Perito y cotizado allí mismo en la suma de \$ 72.000 más IVA (\$ 15.120), a valores a la fecha de la pericia.

d) Los controles periódicos recomendados en la pericia (fs.1573 respuesta 22) incluyen consultas con cirujano plástico, kinesióloga, terapia ocupacional y dermatología por un total de \$ 1.900 (500+500+500+400) en forma anual (fs.1569 vta. respuesta 14). Han sido demandadas desde la promoción de la acción y hasta la adultez, por un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

lapso de 20 años, y arrojan como resultado \$ 38.000 a valores a la fecha de la pericia.

e) Los dos expansores tisulares rectangulares fueron cotizados en la pericia al valor de U\$S 2.000 cada uno (fs.1573 respuesta 23 in fine), por lo que entiendo que al cotizar el insumo en dólares, corresponde establecer que la demandada, y la citada, deberán cubrir el valor correspondiente mediante el pago de la suma en pesos equivalente a cuatro mil dólares estadounidenses (U\$S 4.000) según cotización vigente al momento del efectivo pago (arts.765 y 772 del CCyC).

f) Tanto a fs.1574 como a fs.1634 la Perito señala que puede ser tratada con la misma eficacia en un centro de atención en la Argentina, por lo que no hay fundamento para incluir los tickets aéreos y el alojamiento como se ha reclamado.

En consecuencia propongo modificar este aspecto de la sentencia estableciendo que por tratamientos futuros la condena a valores a la fecha de la pericia será de \$ 265.120; a valores actuales de \$ 160.000 y al valor en pesos del dólar estadounidense vigente el día del efectivo pago, la cantidad de cuatro mil dólares estadounidenses (U\$S 4.000).

XII: El daño moral de los damnificados indirectos:

Es cierto lo que señala la actora: **no cabe duda de que los padres de A. han sufrido daño moral como producto del perjuicio directo que ella soportó.**

Las pruebas sobre la “modificación disvaliosa de su espíritu”, “de ese modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial” (Pizarro, Ramón Daniel “Daño Moral”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2021, 3ra.edic.ampliada y actualizada, t.I p.37) son suficientes para tenerlo por probado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Como bien dice la actora en su recurso, basta leer la historia clínica del HIEMI, o del centro de atención en Galveston, Texas, USA, o los testimonios rendidos en el proceso para acercarse al modo en que el daño sufrido por su hija les alteró la vida.

No obstante, la ley no los autoriza a reclamar la indemnización de ese daño moral, salvo que la víctima sufra una gran incapacidad.

XII.1: En el escrito de demanda se pidió la declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del CC ley 340, que estaba vigente tanto al momento del hecho dañoso (21.05.2010), como al tiempo de promover y responder la demanda (17-05-2012 y 21.10.2013-18.12.2013 respectivamente), esto es durante las etapas constitutivas de la relación jurídica (CNCiv. en pleno, 21.12.1971,AR/JUR/123/1971: Kemelmajer de Carlucci, Aida “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015, en Revista La Ley de 2.06.2015 AR/DOC/1801/2015punto IV; Rivera, Julio César “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones pre-existentes y a los procesos judicial en trámite. Algunas Propuestas” en Revista La Ley del 17.06.2015 AR/DOC/1977/2015 punto IV) para luego ampliar el pedido - en esta expresión de agravios - al art.1741 del CCyC que comenzó a regir antes de la extinción de esa misma relación jurídica.

El pedido de declaración de la inconstitucionalidad del art.1078 se funda en que veda el reclamo a los damnificados indirectos, y la del art.1741 del CCyC en que lo limita a los supuestos de gran discapacidad.

XII.2: Los casos en que la jurisprudencia ha considerado que es inconstitucional denegar la legitimación activa a los damnificados indirectos se caracterizan porque el perjuicio sufrido por la víctima primaria fue significativamente grave para su integridad física y psíquica, y su dolencia irreversible comprometía gravemente las condiciones de su existencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El caso de autos, sin dejar de reconocer la gravedad y permanencia de las lesiones, no alcanza los estándares requeridos.

La gravedad y singularidad de la situación que libera la restricción legal se enfatizó en el caso en que la SCBA (Ac.85.129 “C.L.A. c. Hospital zonal de agudos Manuel Belgrano” del 16.05.2007) declaró la inconstitucionalidad del art.1078 en recordado voto del Dr. Roncoroni ante el reclamo de los padres de un niño que por causa de un deficiente suministro de anestesia quedó con una incapacidad total y permanente del 100%: “...*el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en el portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular por el dolor real y profundo infligido a sus progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo*”.

Más recientemente la CSJN, último interprete respecto a la constitucionalidad de las leyes, “se pronunció por la constitucionalidad del art.1078 en cuanto no prevé la legitimación de los padres para reclamar la indemnización por daño moral ante las lesiones padecidas por el damnificado directo del hecho ilícito” en una sentencia relativamente reciente (Pizarro, ob.cit. tomo I p.469; CSJN 5.9.2017 “Lima, Maira c.Agon, Alfredo y otros” en RCCyC 2018 (junio) con nota aprobatoria de Emilio Ibarlucía).

Al comentar el fallo, los autores referidos ponen de relieve que los daños que sufrió la damnificada directa “fueron de cierta importancia, pero no generaron una gran discapacidad” (fractura de muñeca, acortamiento de la pierna derecha, dificultad masticatoria, trastorno depresivo mayor de tipo grave y estrés postraumático, Pizarro ob.cit. p.469/70) y que los motivos enunciados en el dictamen del procurador fiscal al que la Corte adhiere son:

a) la restricción obedece a criterios objetivos y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

razonables y procura la previsibilidad de los riesgos y la cobertura de los daños.

b) el criterio del art.1078 CC se mantiene atenuado en el Código Civil y Comercial.

c) el fallo Aquino no implica la censura de cualquier régimen legislativo que limite la reparación por daños.

d) El principio de igualdad es un parámetro para medir el tratamiento con relación a las personas, pero no respecto a la prestación de la que serían acreedores, por lo que no es inconstitucional que la ley habilite el reclamo para el daño patrimonial, y lo restrinja en lo que hace al daño moral (Ibarlucía, ob.cit.).

XII.3: De allí que los argumentos relativos a la genérica violación del derecho constitucional a una reparación integral, o la desigualdad de tratamiento en torno al daño material, o incluso la legitimación restringida a los supuestos de gran incapacidad, aunque claramente expuestos por la actora en su demanda y recurso, no resulten suficientes para estimar la declaración de inconstitucionalidad pedida.

XII.4: Descartada la inconstitucionalidad de las normas que vedan la legitimación (en este caso), resta tratar el agravio referido a que la víctima ha sufrido una *“discapacidad total durante varios meses, requiriendo de sus padres una plena atención, y vivencia conjunta del sufrimiento y angustias experimentadas por todos”*, o que *“...permite encuadrarlo, no solo temporalmente, sino permanentemente dentro del campo de “gran discapacidad...”* como dice también la actora.

Aunque no comparto el modo de definir “gran incapacidad” usado en la decisión apelada (J. Galdós en el Código Comentado dirigido por Lorenzetti), entiendo que la sufrida por la víctima tampoco lo es



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actualmente, y si lo ha sido, no fue técnicamente una discapacidad y se trató de una condición física totalmente incapacitante que resultó afortunadamente temporal.

Con ello, anticipo que el caso no habilita la legitimación de los damnificados indirectos.

XII.4.1: No hay consenso sobre el modo en que debe interpretarse el concepto de “gran discapacidad” en el art.1741 del CCyC .

Reseña Pizarro que los debates sobre el concepto de gran incapacidad abarcan desde la identificación con el concepto de “gran invalidez” contenido en el art.10 de la ley 24.557 (“cuando el trabajador en situación de Incapacidad Laboral Permanente total necesite la asistencia continua de otra persona para realizar los actos elementales de su vida”), con lo cual se requiere que la discapacidad sea total y permanente, “irreversible” dice Alferillo (Cod.Civil y Comercial comentado, director:Alterini, t.VIII-p.250 cit.por Pizarro ob.cit.p.295 nota 70), pasando por las interpretaciones más flexibles pero que siguen requiriendo el carácter permanente o definitivo (Meza y Boragina en RCYS 2015-IV-104), hasta llegar a quienes proponen que se entienda como “grave incapacidad” (Zavala de González y González Zavala, y el propio Pizarro) “no circunscripta a una gran invalidez en sentido laboral, ni a incapacidades absolutas y permanentes del damnificado directo” (ob.cit.p.295 y siguientes).

En rigor, el art. 1741 del CCyC no habla de invalidez o incapacidad, sino de gran *discapacidad*.

De allí que al interpretar el alcance de esta norma debemos distinguir dos problemas: por un lado, es necesario determinar qué se entiende por *discapacidad*, o cuándo y bajo qué parámetros es posible afirmar que una persona sufre una discapacidad y de qué fuente normativa debemos extraer esas pautas conceptuales; el otro, establecer cuál es el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

umbral mínimo a partir del cual la entidad de la discapacidad es tal que permite ser calificada en la forma en que lo hace el art. 1741 del CCyC como “**gran** discapacidad”.

A mi modo de ver, el concepto de discapacidad no podemos hallarlo en las categorías teóricas y normativas del derecho civil, del derecho laboral o cualquier otra rama del derecho privado. No me parece correcto concebir a la discapacidad *como alguna medida o función de la incapacidad sobreviniente del derecho civil o la invalidez del derecho laboral*, no porque éstas últimas no aprehendan las lesiones que, a la vez, pueden dar forma a una discapacidad, sino porque constituyen conceptos enteramente distintos con finalidades normativas diversas.

Cada categoría es diseñada de acuerdo a los propósitos que subyacen al sistema en el que se inserta (protección frente al estado, diseño de políticas públicas, promoción de igualdad de oportunidades, medir un perjuicio económico, tarifar un resarcimiento fijado por ley, etcétera). La incapacidad sobreviniente del derecho civil atiende a las lesiones psicofísicas *en tanto originan un desmedro patrimonial laboral o vital*. En otras palabras, es un concepto predominantemente médico y funcional que ha sido diseñado para el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales de derecho privado, y opera en orden a establecer un tipo particular de daño económico (mermas futuras en retribuciones explícitas por trabajos remunerados y costos derivados de dificultades o imposibilidades de realizar otras actividades mensurables en términos pecuniarios -art. 1746 del CCyC-).

El concepto de discapacidad cumple un rol completamente distinto y tiene un marco de aplicación mucho más extenso que el que se vincula con el derecho de daños de la ley civil. Es una noción que actualmente no se determina -o al menos no totalmente- bajo concepciones médicas o funcionales y que opera mayormente en el terreno



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho público interno. Es en virtud de los compromisos asumidos en el derecho internacional -y también, claro, por imperio de reglas constitucionales- que el Estado argentino está obligado a diseñar políticas públicas, acciones positivas y prácticas institucionales dirigidas a promover, proteger y asegurar el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad para todas las personas (entre otros, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -AGNU, 2006; Ley 26378 y 27044-; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -OEA, 1999; Ley 25280; art- 75 inc. 23° de la CN, 36.5 de la CPBA,).

Es en este ámbito, y en las disciplinas técnicas que lo aprehenden, donde debemos indagar para encontrar una noción de discapacidad como la que el legislador insertó en el art. 1741 del CCyC al regular la legitimación del damnificado indirecto para reclamar daño moral. No se trata más que del denominado *diálogo de fuentes* que prescribe actualmente el art. 1 del Código Civil y Comercial, y que obliga a los jueces a resolver los casos «*según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*».

XII.4.2. Considero que el concepto de discapacidad que regula el derecho privado interno (art. 1741 del CCyC) no puede ser otro que aquel que contempla el art. 1° *in fine* de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Asamblea General de Naciones Unidas, 2006; Ley 26378 y 27044) y que aprehende a quienes «*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*» (art. 75.22 de la CN; el subrayado me pertenece y sobre éste punto volveré más abajo).

Agustina Palacios (“Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos” en “Situaciones de discapacidad y derechos humanos” Palacios, Fernández e



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Iglesias. Edit.FEDYE, La Ley Bs.As.2020, p.9) reseña la evolución del concepto hasta llegar al llamado modelo social y a la concepción dinámica de la discapacidad como cuestión de derechos humanos que con lleva medidas positivas de los Estados (políticas públicas) para que su vigencia sea efectiva.

La autora explica que “hoy en día no es posible ignorar tres facetas o dimensiones que interaccionan y deben estar presentes en cualquier análisis sobre la materia”. La condición, que es la dimensión personal, para lo cual propone el término “diversidad funcional” en reemplazo de padecimiento o deficiencia; la situación, que es la interrelación y que es en verdad la que discapacita pues surge cuando entran en juego las barreras sociales, y la posición que atiende a las valoraciones que en la cultura le asignamos a la condición y a la situación (autora y ob.cit.p 21; “¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad?” Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad” <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/208>, último día de visita 28.2.2021).

Lo expuesto exhibe las diferencias conceptuales y prácticas entre la discapacidad del derecho público y la incapacidad sobreviniente del derecho privado (una, pensada como base fundante de diseños institucionales y prerrogativas dirigidas a la igualdad de oportunidades a la luz de un modelo social y protectorio; la otra, como noción predominantemente médica a evaluar en juicio para determinar resarcimientos patrimoniales),y además expone un parámetro que la incapacidad admite y la discapacidad repele: las deficiencias a las que refiere la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sean mentales, físicas, intelectuales o sensoriales, **deben ser a largo plazo.**

En otras palabras, podemos hablar de incapacidad *temporal* o *permanente* al momento de juzgar resarcimientos patrimoniales, pero no es posible concebir *discapacidad temporal que no lo sea a largo*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

plazo, y en consecuencia a estos supuestos queda restringida la legitimación activa del damnificado indirecto que reclama indemnización por daño moral.

A la misma conclusión se llega si reparamos en el modo en que la discapacidad fue regulada en el derecho interno, donde el art. 2 de la Ley 22431 (*Sistema de protección integral de los discapacitados*) y el art. 9 de la Ley 24.901 (*Sistema de Prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad*) refieren unánimemente a la una alteración funcional de tipo “**permanente o prolongada**”.

Es la misma concepción la que subyace a las únicas dos reglas contenidas en el Código Civil y Comercial que refieren a la temática: el art. 32 cuando regula la restricción de la capacidad de los mayores de trece años y el art. 2448 al establecer la mejora a favor de heredero “con discapacidad”. En este último caso, el legislador expresamente afirmó que es tal quien padece «*una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral*».

Calificar entonces la discapacidad como “temporal” no solo parece conceptualmente impropio (insisto en lo dicho: la discapacidad solo es tal en la medida en que se proyecta en el tiempo), sino que constituye una interpretación que pretende identificarla indebidamente con la incapacidad total y transitoria del derecho civil. De así considerarlo, se generaría un resultado sumamente disvalioso: juzgar discapacitado a toda víctima de un daño injusto que atraviesa un período de postración durante las primeras curaciones, habilitando por ese solo motivo a cualquier damnificado indirecto a reclamar un perjuicio extrapatrimonial.

XII.4.3. Elegido el concepto de “discapacidad” que preferimos adoptar, resta saber si A. fue o es una persona con discapacidad,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y en tal caso si su estado encuadra en la categoría de “gran discapacidad” que regula el art.1741 del CCyC.

Es importante destacar que no se ha aportado al expediente un certificado único de discapacidad como el requerido por el art.3 de la ley 10.592 (modificado por ley 14968) , ni tampoco se agregó un dictamen de una comisión interdisciplinaria que la hubiera evaluado de acuerdo a la incumbencia que le es propia y de conformidad a la “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)” de la OMS, al que la misma ley remite.

Si la ley vigente en la materia prevé que es necesario una comisión interdisciplinaria para dictaminar la discapacidad y su grado, no parece correcto pretender que el dictamen de especialistas sea reemplazado derechamente por la opinión de los jueces que solo podemos recurrir a conceptos legales.

Con estas aclaraciones corresponde recordar que durante algunos meses A. requirió la ayuda de los padres «*para los actos más elementales de su vida*», aunque tampoco está controvertido que esa condición física de extrema vulnerabilidad no llegó a tener permanencia ni se prolongó en el tiempo.

Fueron deficiencias físicas y sensoriales sin duda gravísimas, pero que en su intensidad no se proyectaron “*a largo plazo*” (en los términos de la CDPD) ni revistieron -en ese nivel de gravedad- un carácter “*permanente o prolongado*” (en los términos de las Leyes 22.431, 24.901 y del propio Código Civil y Comercial).

Luego de ese período, y aun cuando por hipótesis tanto las cicatrices que perviven en su cuerpo, como su afección psíquica, la puedan colocar en una **condición** personal diversa (en relación a otras personas), que se haga evidente cuando se interrelaciona con las barreras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sociales (**situación**) y que conforme su **posición**, se aprecie culturalmente como una deficiencia, minusvalía, o anormalidad, no parece alcanzar el grado de discapacidad requerido por la norma.

En otras palabras, colocados en el supuesto en que se considere que A. tiene discapacidad al cumplirse esos tres requisitos de condición, situación y posición que la doctrina especializada requiere, no es posible afirmar que sufra una “gran discapacidad” que habilite el reclamo de los damnificados indirectos, por lo que de acuerdo a los elementos probatorios que obran en el expediente, debemos concluir que A. no es una “gran discapacitada”.

Ello, reitero, **sin perjuicio de que las lesiones y secuelas psicofísicas son consideradas *incapacitantes* en los términos del art. 1746 del CCyC:** esto es, como causantes de daño moral y de perjuicio patrimonial futuro.

XII.4.4. Una última reflexión sobre este punto.

No dudo de la veracidad de las afirmaciones de los Sres. N.O.V y N.V.P. cuando narran lo que han debido vivir al cuidar a su hija en los momentos inmediatamente posteriores al hecho, durante las primeras etapas de su curación e incluso en los años le siguieron. No hay duda del enorme dolor al ver sufrir a su hija, y tanto más cuando un trauma de estas características le llega a tan temprana edad y una infinidad de experiencias médicas y curativas terminan alterando -o directamente truncando- lo que debió ser una niñez libre de preocupaciones.

Pero en este pleito no se trata solo de indagar si los padres de A. han sufrido por lo vivido por su hija (de ello, reitero, ninguna duda tengo) sino que lo que aquí se dirime es algo muy distinto: si ese sufrimiento constituye un daño resarcible. Es decir, si la ley civil los legitima



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

para reclamar un resarcimiento económico en calidad de damnificados indirectos.

A la luz de la actual redacción del artículo 1741 del Código Civil y Comercial, y por todo lo dicho en párrafos precedentes, la respuesta a ese interrogante es negativa. Por ello, el reclamo de los progenitores -y el agravio que lo replica- debe ser desestimado.

XIII: Respecto a los intereses moratorios, y al haberse modificado tanto las sumas de algunos rubros, como el modo de calcularlos, y la fecha a la que han sido estimados, corresponde dejar aclarado que:

a) para los montos establecidos a valores a la fecha de la sentencia (daño moral por ejemplo) deberán computarse intereses desde el 21 de mayo de 2010 hasta la fecha de esta sentencia al 6% anual, y desde allí y hasta el efectivo pago aplicar la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días hasta el efectivo pago (SCBA, in re "*Vera, Juan Carlos*" -C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018- y "*Nidera S.A.*" -C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018).

b) sobre los valores fijados a la fecha de la pericia, o sus explicaciones y ampliaciones, los intereses se computarán al 6% anual desde el 21.05.2010 hasta la fecha de la presentación del dictamen (o, de corresponder, hasta la fecha considerada por el experto para estimar el valor del rubro), y de allí en más y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA, fallos cit. y fallo "*Cabrera*", 119176 del 15/06/2016).

c) no corresponde liquidar intereses moratorios desde el hecho hasta la sentencia sobre los montos en dólares de los insumos indicados por la pericia, porque se trata de un daño futuro. Solo se liquidarán accesorios por mora una vez finalizado el plazo de diez días desde la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

notificación de la presente sentencia y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones en dólares (SCBA, c. 123.306, "*Panettieri...*", del 25/11/2020).

d) no corresponde computar intereses desde la fecha del hecho y hasta la sentencia respecto al monto establecido por incapacidad y pérdida de chance, por tratarse de un daño futuro y no existir tramos pasados en mora (esta Sala, c. 161.169 -"*Ruiz Díaz...*" del 18/08/2016). Solo se liquidarán accesorios por mora una vez finalizado el plazo de diez días desde la notificación de la presente sentencia y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva fijada en el punto «a» precedente.

Finalmente, dejo aclarado que la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en depósitos a plazo fijo de 30 días y el 6% anual para los créditos tomados a valores actuales han sido establecidos en la instancia original y llegan incontrovertidos a esta instancia (fs.2034/vta. 2043/vta; art. 242 y cctes. del CPCCBA).

XIV: El recurso de la demandada.

Del recurso de la demandada restan tratar dos cuestiones que no pudieron ser abordadas en forma conjunta con los agravios de la actora y la citada.

a) El pedido de declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones de la SSN , y el pretense carácter abusivo de las cláusulas que limitan cuantitativamente el seguro, ha sido planteado en forma subsidiaria al pedido de reajuste del tope (punto 3 de su expresión de agravios), por lo que entiendo innecesario tratarlo conforme a la solución que he propuesto al acuerdo.

b) En lo que hace a las costas del proceso que debe soportar la aseguradora entiendo que le asiste la razón a la demandada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

La obligación de indemnidad (art.109) se extiende al pago de los gastos y costas judiciales conforme el art.110 LS, y comprende los que fueran necesarios para resistir la pretensión del tercero, sin que resulte válida la limitación al desnaturalizar el vínculo contractual modificando - por vía de resolución de SSN- una norma absolutamente inmodificable como la del art.109 (art.158 LS).

Por otra parte, el incumplimiento de la aseguradora de su obligación aduciendo las defensas que ya han sido rechazadas, no permite que invoque una cláusula - inválida como vimos - que la exima o limite porcentualmente las responsabilidades derivadas del incumplimiento (art.50 LS).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

Corresponde: **I:** Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y la demandada estableciendo que el contenido y alcance de la obligación de indemnidad de la aseguradora será el del monto fijado por la Superintendencia de seguros de la Nación, vigente al momento del efectivo pago, reajustado ese monto por el IPC que brinda el INDEC desde la fecha de su vigencia (conforme res. SSN) hasta la del efectivo cumplimiento de la sentencia. **II:** hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y elevar la suma por reparación del daño material por lesión psicológica a la suma de pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000) a valores a la fecha de esta sentencia. **III:** hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada y la citada en garantía respecto al porcentaje de incapacidad a tener en cuenta, y fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, comprensiva de la incapacidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

por lesión a la psiquis y la pérdida de chance por daño estético, en la suma de pesos tres millones trescientos treinta y dos mil quinientos treinta y siete con sesenta y nueve centavos (**\$ 3.332.537,69**) **IV**: hacer lugar al recurso de la actora y elevar la suma establecida para indemnizar el daño moral de la damnificada directa en la suma de pesos cinco millones (\$ 5.000.000). **V**: Modificar la sentencia estableciendo que por tratamientos futuros la condena a valores a la fecha de la pericia será de \$ 265.120; a valores actuales de \$ 160.000 y al valor en pesos del dólar estadounidense que esté vigente el día del efectivo pago, la cantidad de cuatro mil dólares estadounidenses (U\$S 4.000), haciendo así lugar parcialmente al recurso de la parte actora. **VI**: Los intereses se liquidarán en la forma establecida en el considerando XIII . **VII**: Establecer que las costas del proceso, incluyendo los honorarios de los letrados que debieron representar a la demandada, están íntegramente a cargo de la citada en garantía. **VIII**: Rechazar el resto de los agravios de los apelantes.

Propongo que -en función del vencimiento parcial y mutuo registrado - las costas de esta instancia sean impuestas en un 10% a la parte actora, y en un 90% a la demandada y a la citada en garantía, sin perjuicio de lo ya señalado en el punto VI de esta cuestión (art.71 del CPC)

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos dados en el precedente Acuerdo, se resuelve: **I**. Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y la demandada estableciendo que el contenido y alcance de la obligación de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

indemnidad de la aseguradora será el del monto fijado por la Superintendencia de seguros de la Nación, vigente al momento del efectivo pago, reajustado ese monto por el IPC que brinda el INDEC desde la fecha de su vigencia (conforme res.SSN) hasta la del efectivo cumplimiento de la sentencia. **II:** Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y elevar la suma por reparación del daño material por lesión psicológica a la suma de pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000) a valores a la fecha de esta sentencia. **III:** Hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada y la citada en garantía respecto al porcentaje de incapacidad a tener en cuenta, y fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, comprensiva de la incapacidad por lesión a la psiquis y la pérdida de chance por daño estético, en la suma de pesos tres millones trescientos treinta y dos mil quinientos treinta y siete con sesenta y nueve centavos (**\$ 3.332.537,69**). **IV:** Hacer lugar al recurso de la actora y elevar la suma establecida para indemnizar el daño moral de la damnificada directa en la suma de pesos cinco millones (\$ 5.000.000). **V:** Modificar la sentencia estableciendo que por tratamientos futuros la condena a valores a la fecha de la pericia será de \$ 265.120; a valores actuales de \$ 160.000 y al valor en pesos del dólar estadounidense que esté vigente el día del efectivo pago, la cantidad de cuatro mil dólares estadounidenses (U\$S 4.000), haciendo así lugar parcialmente al recurso de la parte actora. **VI:** Establecer que las costas del proceso, incluyendo los honorarios de los letrados que debieron representar a la demandada, están íntegramente a cargo de la citada en garantía. **VII:** Rechazar el resto de los agravios de los apelantes. **VIII:** Las costas de esta instancia se imponen en un 10% a la parte actora, y en un 90% a la demandada y a la citada en garantía, sin perjuicio de lo ya señalado en el punto VI de la segunda cuestión (art.71 del CPC) **IX:** Los intereses se liquidarán en la forma establecida en el considerando XIII. **X:** Se difiere la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967). **Regístrese y notifíquese** personalmente o por cédula (art. 135) y, oportunamente, devuélvase.



En Mar del Plata se procede a firmar digitalmente la presente resolución conforme la acordada 3975/20 de la SCBA.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 08/03/2021 11:35:28 - LOUSTAUNAU Roberto Jose - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/03/2021 11:36:33 - MONTERISI Ricardo Domingo - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/03/2021 11:57:40 - FERRAIRONE Alexis Alain -
SECRETARIO DE CÁMARA

248100478019562636

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA
II - MAR DEL PLATA**

Planilla de cálculo (Fórmula Acciarri):

<http://docs.scba.gov.ar/documentos?nombre=42c8eb40-8b52-4ebb-8994-965da5bdf498.augusta&hash=7F2BABDC9E1C2EFB2A123F57E2541C7D>

Planilla de cálculo enmendada (sentencia aclaratoria 25-3-21):

<http://docs.scba.gov.ar/documentos?nombre=68e8f37f-552d-4bc7-b247-d420b7a7a544.augusta&hash=D3C4AE05F917F5E25496EB715FFE00D2>