



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Causa nº: 2-65377-2019

"A. G. E. Y OTRO/A C/ FUTBOL CLUB CARRIL SUD S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - AZUL

Sentencia Registro nº: Folio:

En la ciudad de Azul, a los diez días del mes de Noviembre del año Dos Mil Veinte, celebrando Acuerdo Telemático (Acuerdo 3975/2020), los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, **Doctores Jorge Mario Galdós** y **María Inés Longobardi**, encontrándose el **Dr. Víctor Mario Peralta Reyes** en uso de licencia (SCBA NºTP 462 del 19/8/20) al momento del sorteo, con la presencia virtual del Sr. Secretario, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**A. G. E. y otro c. Futbol Club Ferro Carril Sud s. Daños y Perjuicios c/ lesiones o muerte**" (**Causa Nro. 65.377**), habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Constitución Provincial; arts. 263 y 266 del C.P.C.C.), resultó que debían votar en el siguiente orden: **Dres. Longobardi y Galdós.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ª). ¿Es fundado el recurso de apelación del demandado y la citada en garantía contra la sentencia de fecha 16/8/2019 de fs.705/739?.

2ª). ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Juez **Dra. Longobardi** dijo:

I). La sentencia de la anterior instancia hizo lugar a la acción de daños y perjuicios promovida por el Sr. **G. E. A.** y Sra. **C. V. V.** contra **Fútbol Club Ferro Carril Club**, con citación en garantía de **Nativa S.A. Compañía Argentina de Seguros**, por la responsabilidad civil de índole objetiva que a la demandada le correspondió con motivo del accidente ocurrido el día 19 de julio de 2010 en las instalaciones de la pileta de natación de dicho club, oportunidad en que el hijo menor de edad de ambos, A. A., de 10 años, sufrió asfixia por inmersión, a consecuencia de lo cual falleció al día siguiente por paro respiratorio postraumático. Condenó a la demandada a abonar la suma de \$ 750.000 en concepto de daño material, daño moral y daño psicológico, con más intereses a tasa pasiva BIP desde la fecha del hecho y hasta el momento de practicarse la liquidación, y difirió para la etapa de ejecución de sentencia la determinación del monto que le correspondería abonar a la citada en garantía, en razón de haber invocado un límite de cobertura de \$ 200.000 a la fecha del hecho. Impuso asimismo las costas a la demandada.

Para así resolver, el sentenciante, luego de analizar la ley aplicable al caso (el Código Civil vigente a la fecha del hecho, de conformidad al art. 7 del CCyCN), y la legitimación activa y pasiva, aspectos ambos sobre los que no existe controversia, encuadró el caso en un supuesto de responsabilidad civil objetiva por daño causado por o con las cosas (art. 1113, segunda parte, segundo párrafo, del Cód Civil). Narró detalladamente las circunstancias en que ocurrió el fatal accidente en el que perdió la vida el pequeño Axel, quien no sabía nadar y concurría desde hacía poco más de un mes al nivel inicial de enseñanza de natación del Club demandado, en razón en habérselo aconsejado su pediatra por padecer de distrofia muscular (aspecto asociado con un retardo mental severo y permanente que padecía el niño). Dijo que en los hechos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

narrados no existía discordancia entre las partes, según el material probatorio recolectado en este proceso y en la causa penal n° 12.746 caratulada “R., M. L., G., M. Á. y R., L. A. s/Homicidio culposo”, en referencia a la concurrencia a la pileta para aprender natación, ni a los profesores de natación y guardavidas que se encontraban presentes al momento, ni tampoco que, tras advertir el guardavidas J. I. F. al momento en que estaban sacando a los alumnos de la pileta, que el menor A. se encontraba sumergido por completo, boca abajo, se tiró al agua para rescatarlo y lo sacó junto con el profesor G. C., practicándole ambos maniobras de resucitación cardiopulmonar hasta que llegó en pocos minutos la ambulancia de Emergencias Médicas Olavarría S.A. que lo traslado al hospital Municipal de Olavarría, donde fue internado inmediatamente en terapia intensiva, falleciendo al día siguiente. También tuvo por acreditada la vigencia de la póliza de seguro N° 3700/4 con vigencia desde el 26/10/2009 al 26/10/ 2010, contratada con Nativa Seguros S.A.

Con cita de jurisprudencia y doctrina, hizo referencia a la responsabilidad civil objetiva que se presenta en casos como el presente, en que la culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos para atribuir responsabilidad al dueño o guardián, cuyo fundamento reside en la responsabilidad objetiva y sin culpa. Se refirió también al deber secundario u obligación de seguridad por parte de la demandada, dado la índole del servicio contratado por los padres, mencionando las normas regulatorias del Ministerio de Salud para los natatorios, y la cantidad de personal entre: profesores de natación, guardavidas y responsable de la pileta, en relación al número de alumnos presentes ese día. Asimismo se refirió a las capacidades y aptitud del guardavidas J. I. F., encontrando que no existía consenso entre el personal allí presente-acorde sus testimoniales-en cuanto a la forma en que estaban organizadas las actividades acuáticas y en particular en cuanto al número de

alumnos que cada profesor tenía asignado, siendo que eran unos quince alumnos del nivel inicial y tres profesores de natación, más el guardavidas para toda la pileta. Existía consenso entre todas las declaraciones, que el pequeño se encontraba en la parte baja de la pileta, donde hacía pie, en el lugar donde fue rescatado había 1,30m. de profundidad y el niño medía un metro con cincuenta aproximadamente.

Luego procedió a analizar la defensa de la demandada, que pretendió estar eximida de toda responsabilidad por la causal de culpa de la víctima, en este caso los padres, quienes no habían informado al club que el niño padecía epilepsia, atribuyendo a la posibilidad de convulsiones el hecho del ahogamiento.

El sentenciante concluye que la única eximente es la ruptura del nexo causal por el accionar de la víctima, no su culpabilidad, y luego de analizar las constancias testimoniales, Historia Clínica, informe de autopsia y pericia patológica, más constancias de la causa penal, considera que no se ha logrado acreditar que la conducta de los padres haya sido la causa adecuada del evento dañoso por el cual se acciona, por cuanto la muerte tuvo lugar como consecuencia exclusiva de la asfixia por inmersión que provocara un grave daño en el organismo de A.. En consecuencia de lo cual hizo lugar a la demanda deducida por los padres del menor contra la accionada, con fundamento en los arts. 901, 1113 y conchs. del Código Civil.

A continuación procedió a analizar los daños reclamados, otorgando en concepto de daño material la suma de \$ 300.000, por daño moral la de \$ 400.000, y por daño psicológico y tratamientos terapéuticos para los padres, la de \$ 50.000. Cabe aclarar que los montos otorgados se corresponden con los montos solicitados en la demanda, habiéndose calculado el daño material por pérdida de chance de ayuda en su vejez a los padres, en base al salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho. Para ello estimó que, pese al retraso mental del menor, este hubiera tenido la posibilidad de acceder a un empleo remunerado, en el marco de la ley 22.431 que establece un cupo para personas con discapacidad, facilitando la inclusión y la igualdad de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

oportunidades para acceder a puestos de trabajo en el Estado nacional, provinciales y empresas concesionarias de servicios públicos, y la ley laboral 10.592 de la Provincia de Buenos Aires.

En el Considerando III, ap. a) de la presente cuestión, al abordar el factor de atribución objetivo en base al cual se demanda, me referiré al problema de la prejudicialidad penal, explicando por qué, pese a no encontrarse aún firme la sentencia penal condenatoria, el presente caso puede ser resuelto en la esfera civil, por encuadrar en dos de los tres supuestos de excepción que prevé el art. 1775 del C.C.C.N.

Ello fue advertido por la parte actora en diversas oportunidades en primera instancia, haciendo saber con fecha 13/01/2017 del dictado de la primera sentencia de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Trenque Lauquen, librándose a su pedido con fecha 12/03/17 Oficio a la citada Cámara para la remisión de copia certificada de las actuaciones. Esto recién fue obtenido-luego de otro pedido de oficio reiteratorio- el 09/03/2018. Con fecha 15/5/2018 la actora manifestó no tener prueba instrumental pendiente de producción y peticona que de creerlo necesario el juzgado para dictar la sentencia, se requiera copia de la causa competa a la SCBA, donde se encuentra por recurso extraordinario. A fs. 631 (24/5/2018) el juzgado luego de referirse al problema de la prejudicialidad penal y el riesgo de sentencias contradictorias, ordena librar oficio a la Suprema Corte a tales efectos, el que es diligenciado por la actora , acreditándolo el 11/6/2018. El 04/10/2018 fueron recibidas las copias certificadas de las actuaciones penales de la causa 128807-RQ, (en siete cuerpos y un agregado) y con fecha 8/10/2018 se pasan los autos a despacho a fin de analizar si la causa se encontraba en condiciones de proceder a dictar sentencia. Por resolución interlocutoria del 8/02/2019 el

juzgado resuelve que se ha diluido la eventual prejudicialidad que podría impedir el dictado de sentencia definitiva (arts. 1101,01102 y 1103 C.C)por demandarse en base a de un factor objetivo de atribución. Luego de pasar en vista al Agente fiscal, la actora peticiona en dos oportunidades pasen los autos a sentencia, dictándose finalmente el 7/5/2019 la providencia de autos para sentencia y el 18/8/2019 la sentencia de primera instancia que motiva este recurso.

II). La sentencia fue apelada por la parte actora con fecha 20/8/2019, siéndole concedido el recurso el 21/8/2019, expresando agravios mediante presentación electrónica de fecha 11/5/2020; la demandada apeló con fecha 26/08/2019 (fs.745), concedido el 02/9/2019 a fs. 749 y fundado el 13/5/2020 y la aseguradora el 26/8/2019, recurso concedido el 28/8/2019 (fs. 748) y fundado el 13/5/2020.

a- La actora se agravia: 1) Por lo exiguo de los montos indemnizatorios otorgados en concepto de daño patrimonial y pérdida de chance, daño moral y daño psicológico, afirmando que son valores inadecuados para la inmensa magnitud de los daños acreditados; que ni siquiera mediante la aplicación de la tasa BIP del BAPRO, resultarán adecuados a la realidad actual, por las recientes devaluaciones y depreciación del peso. **2)** Asimismo, porque el sentenciante ha omitido deliberadamente expedirse sobre el límite de cobertura invocado por la citada en garantía, Nativa S.A. (\$ 200.000 a julio de 2010, fecha del hecho).diferiendo dicho análisis para la etapa de ejecución de sentencia. Sostiene que el punto era parte del *thema decidendum* y que no puede diferirse porque en la ejecución de sentencia tiene que llegar firme el monto y los obligados al pago. **3)** Finalmente se agravia de la forma de cómputo de los intereses “hasta el cierre de la liquidación que se practique”, porque debió decir “hasta el momento del efectivo pago”.

En cuanto a los valores por daño patrimonial (pérdida de chance), sostiene que la base de cálculo -además de lo discutible por ser un salario mínimo vital y móvil- ha sido tomada en valores a la fecha del hecho (\$ 3.600), cuando debió haberse tomado a la fecha de la sentencia (\$ 16.875).Que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

suma de \$ 300.000 otorgada, que fue lo solicitado en la demanda, no era un tope sino que debió haber sido actualizada en base al principio rector de la reparación integral y plena del daño (arts. 1082 y conccs. Cód. Civil). Similar argumentación efectúa en torno a los valores otorgados por daño moral (\$ 400.000), quejándose que no se aclara si es para ambos padres o para cada uno; dicho monto resulta casi ofensivo para dos padres que han sufrido la pérdida de su pequeño hijo de diez años en tales circunstancias, y que los magistrados al establecer el resarcimiento por daño moral deben resultar “empáticos” con los que han sufrido esa pérdida, es decir, ponerse en el lugar de ellos y comprender cómo sienten o piensan. En relación al monto por daño psicológico sostiene también que es inadecuado y que ha variado desde la época de la demanda-2011- a la fecha, la forma con que se da acogida a dicho aspecto en la actualidad. Cita al efecto diversos fallos de este mismo tribunal y sala y efectúa la comparación con los montos allí otorgados. Sostiene que en el caso concreto procedía la indemnización de las “secuelas psíquicas permanentes verificadas” probadas mediante la prueba pericial de autos, además de los gastos por atención terapéutica.

b) La demandada se agravia: 1- Que la sentencia haya resuelto que no se habría acreditado *la eximente de culpa de la víctima (en el caso, de los padres)*, como hecho interruptivo del nexo causal, ya que la demandada en su defensa argumentó que los padres no habían informado previamente que el menor sufría de epilepsia y consideró que la causa de la inmersión fue un episodio de convulsiones propio de esta enfermedad, que le habría producido de inmediato la inconciencia y por ello el niño se hundió. En la sentencia se dijo que el evento dañoso se produjo como consecuencia exclusiva de la asfixia por sumersión que le provocara un grave daño en el organismo, no habiéndose logrado acreditar que la conducta de los padres haya sido la causa adecuada en

la producción del evento dañoso. Impugna el apelante que se haya tomado como elemento de convicción las declaraciones testimoniales prestados en el inicio de la I.P.P. por los Sres. M. A. G., M. L. R. y L. R., ya que luego los mismos fueron imputados y relevados del juramento de decir verdad, para no inculparse (art. 18 CN), de modo que tales declaraciones deben ser consideradas como no producidas y la sentencia no puede basarse en ellas. Agrega que inicialmente la Cámara de Apelaciones y Garantías de Trenque Lauquen hizo lugar al recurso de apelación deducido por los profesores de natación que estaban a cargo del nivel inicial del natatorio el día del accidente, absolviéndolos. Que luego el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, que fue rechazado y concurrió en queja, siendo acogida favorablemente, por lo que la Suprema Corte anuló aquel fallo absolutorio y ordenó dictar nueva sentencia, pronunciada el 9 de diciembre de 2019 por la Cámara de Apelaciones y Garantías de Azul (condenatoria), la que no se encontraba firme.

En definitiva, el agravio reitera la tesis del apelante sobre la posibilidad de una crisis de epilepsia, citando pasajes del examen de autopsia en el que el Dr. Moreno informó que si el menor hubiera tenido una crisis de epilepsia, ésta no deja huellas neurológicas. “Que pudo haber sufrido un ataque de epilepsia y producto de ello se sumergió, en esos casos tienen pérdida de conocimiento”. Luego se refiere al certificado médico extendido por el pediatra de A., Dr. Seambelar, y lo contrastó - por la falta de mención de los antecedentes de epilepsia en dicho certificado -con las declaraciones de los peritos médicos Dres. Alberro y Bacchillerie, el médico que realizó la autopsia Dr. Moreno, las declaraciones del guardavidas que lo sacó del agua e intentó la reanimación, Sr. F. y las del Dr. Blasón, médico de terapia intensiva del Hospital de Olavarría. Con todo ello, reitera que los profesores que estaban en el lugar actuaron con total diligencia y acabado conocimiento de lo que estaban realizando y que el Club tomó todas las medidas de cuidado adecuadas y previsibles de acuerdo a la información y documentación que les fuera brindada por los progenitores, de las cuales no surgía que estos hubieran brindado la información real sobre el estado de salud del menor, o que el médico que autorizó la práctica del deporte



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

hubiera puesto de manifiesto la verdadera situación de salud del menor; porque en ese caso otro hubiera sido el temperamento a adoptar y las medidas que se podrían haber exigido a los profesores por parte de la institución. Que la falta de información sobre el real estado de salud del niño, sumado a la posibilidad que haya sido una convulsión epiléptica la que haya generado la sumersión, impiden conformar un estado de certeza respecto a la ausencia de cuidados necesarios y que eran pasibles de exigir a quienes tenían a su cargo la supervisión de las actividades del menor A. A. en el natatorio.

Como consecuencia de lo anterior, sostiene que para que el Club demandado deba responder por los daños que acusan los actores, debería haber existido un nexo de causalidad entre la conducta de los profesores y demás personal del Club a cargo del natatorio y el resultado producido, la cual no ha sido acreditada ni hay tampoco una sentencia condenatoria (penal) firme. Considera, en síntesis, que el caso encuadra perfectamente con la previsión del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil. De modo que dado la conducta de los padres-no informar el verdadero estado de salud del niño- los profesores han actuado de manera diligente y apropiada a las circunstancias sin que les quepa reproche alguno ni deba responde el club por el hecho de ser propietario de la pileta. Solicita se revoque la sentencia y se desestime la demanda.

2- Luego, de *manera subsidiaria*, se agravia de los *rubros indemnizatorios* acordados y de los *montos en cuestión, por elevados*.

Cuestiona en particular el daño patrimonial por pérdida de chance. Considera que ha quedado acreditado que el menor fallecido presentaba una discapacidad mental y motora total y permanente, según certificado de fs. 93 (22/9/2006), con escasas probabilidades de rehabilitación. Además por lo

informado por la Escuela especial n° 504 acerca de su desempeño (fs.633/634), considera que debe descartarse completamente la posibilidad de que en el futuro el niño pudiera haber tenido posibilidades económicas como para que sus padres dependieran de su ayuda futura. Al contrario, considera que el niño aun en su adultez iba a depender económicamente de sus padres.

En cuanto al daño moral y sin dejar de reconocer lo traumático de la situación, considera que debe reducirse a sumas más razonables. En cuanto al daño psíquico, considera que la actora no ha logrado acreditar el daño ocasionado por tal concepto, como para poder resarcirlo como daño autónomo distinto del daño moral y del patrimonial, por lo cual debe rechazarse.

3- La citada en garantía, “NATIVA CIA. ARGENTINA DE SEGUROS S.A.”, también se agravia por la atribución de responsabilidad a su asegurado- el Club-con los mismos argumentos del demandado expuestos en el apartado anterior, respecto a la posible incidencia de la enfermedad de epilepsia que sufría el menor A. y la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima (los padres, en concreto), por no haber informado el real estado de salud del menor.

En cuanto a los rubros indemnizatorios y su cuantificación, invoca el principio contenido en el art. 375 del C.P.C.C. según el cual quien alega un hecho debe probarlo y considera que los actores no han probado la existencia de un daño indemnizable. En cuanto a los montos, que cuestiona por altos, en base al informe de la Escuela Especial n° 504 a la que concurría el menor, considera que la chance o probabilidades de asistencia del menor a sus progenitores, cuando éstos fueran adultos mayores, eran muy bajas o ciertamente inexistentes. Agrega que no modifica esta conclusión, la invocación efectuada por la sentencia del ámbito laboral para las personas con discapacidad, pues teniendo a la vista el grado de discapacidad cognitiva del menor A., hubiera sido imposible adjudicarle un puesto laboral de tal naturaleza. Rechaza de plano la posibilidad de inserción laboral del menor, en la forma que lo hace la sentencia recurrida. También considera alto el monto por daño moral, solicitando su reducción, y cuestiona el otorgamiento del rubro daño psicológico en forma autónoma e independiente, solicitando se desestime.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

4- Finalmente la aseguradora también formula agravio respecto al diferimiento para una etapa posterior, de tratar el límite de cobertura de la póliza de seguros vigente al momento del hecho, pues la sentencia ha condenado a ambos con el alcance del art. 118 y concs. de la Ley de Seguros 17.418. Sostiene que habiendo tenido a la vista la póliza que contenía dicha limitación de cobertura, no hace falta ningún argumento para diferir su análisis, pues la póliza es el contrato entre las partes y debe ser aplicada tal como ha sido contratada. Solicita se revoque el diferimiento y-para el supuesto hipotético de mantenerse los montos de condena a los demandados y aseguradora, peticiona que respecto de ésta última la condena se circunscriba al límite contratado por el asegurador de \$ 200.000 a la fecha del hecho. Solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso, con expresa imposición de costas a los vencidos.

Encontrándose cumplidos todos los pasos procesales, firme la resolución que ordenó Autos para Sentencia (08/07/2020) y practicado el sorteo del orden de votación(27/8/2020), se encuentran estos autos en condiciones de dictar sentencia.

III).- a) Por razones metodológicas, habré de abordar los distintos agravios acerca de cuestiones comunes (atribución de responsabilidad, rubros y montos indemnizatorios, diferimiento de resolver sobre el límite de cobertura), en forma conjunta. Comenzaré con el agravio de la parte demandada Futbol Club Ferro Carril Sud y de la citada en garantía Nativa Cía. Argentina de Seguros S.A. que con base en la eximente opuesta –culpa de la víctima, art. 1113, 2° parr., 2ª parte del Cód. Civil- cuestionan la **atribución de responsabilidad**. Sostienen que el nexo causal entre el natatorio y/o el club y/o la conducta de sus profesores en la atención del menor, ha quedado

interrumpido por la conducta de la víctima (en el caso, sus padres) pues al no haber informado en el certificado médico que habilitaba al menor A. A. a concurrir a clases de natación, que éste padecía de epilepsia, no se tomaron los recaudos para el caso, como hubiera sido una atención personalizada exclusiva; siendo en su opinión muy probable que la sumersión del menor haya sido producto o consecuencia de un ataque de epilepsia que al ocasionarle inmediata pérdida de conocimiento lo hizo hundirse en el acto sin ser advertido ello por los profesores. Reiteran que de acuerdo a lo convenido con los padres y los antecedentes del certificado médico, se asignó a A. en un grupo pequeño del primer nivel de natación, ubicado en la zona baja de la pileta (1,10m. de profundidad), donde el niño hacía pie en todo momento, atendido ese día por un profesor cada cinco alumnos, es decir, dentro de lo adecuado a los antecedentes informados por los padres.

Como dijera al referirme a la demanda y a la sentencia de primera instancia, el presente caso fue encuadrado en un supuesto de responsabilidad civil objetiva o con **factor de atribución objetivo**, lo cual significa que basta que exista contacto -en el caso, presencia física en el lugar del hecho- entre la “cosa” riesgosa” y la persona que sufre el daño y que confluyan también los restantes elementos de la responsabilidad civil: nexo causal, ilicitud y daño, para que surja el deber de resarcir el daño causado, ***sin que haya que indagar en el dolo o culpa como factor de atribución*** subjetivo. Esta responsabilidad, en el Código Civil hoy derogado, - aplicable al caso de autos por la fecha del hecho conforme al art. 7 del CCCN.-, estaba reglada por el **art. 1113**, y también sujeta a las normas en materia de **prejudicialidad de los arts.1101,1102 y 1103** del dicho cuerpo. En el nuevo Código Civil y Comercial, de la Nación, el tema está tratado en los arts.1774 a 1780, con una modificación de índole procesal, que por ello también resulta de aplicación inmediata a los procesos en trámite. En efecto, el **art. 1775** dice que “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; **b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

En autos, la parte accionó con sustento en un factor objetivo de responsabilidad, que fue receptado en la sentencia fundada en el art.1113 del Código Civil, al rechazar la eximente de ruptura del nexo causal opuesta como defensa por la demandada. Pero además, y **ello fue planteado por la actora en la anterior instancia en más de una oportunidad, la dilación en el tiempo y el sinuoso recorrido por diversas jurisdicciones e instancias que ha tenido la acción penal**, que efectivamente aún no se encuentra firme por estar aún pendiente un recurso de queja en trámite ante la Suprema Corte provincial- por denegación de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, hace que en el caso concreto, a más de diez años del infortunado hecho que produjo el fallecimiento del menor A. A., sus padres no hayan obtenido de la jurisdicción una respuesta a la reparación civil solicitada, extendiéndose de esa forma su incertidumbre y, con ello, el dolor moral de no poder efectuar un cierre definitivo a esta cuestión. Sea en el sentido que por ley corresponda, los padres merecen una respuesta definitiva a su reclamo indemnizatorio. Por ello, considero que el presente caso encuadra en ambas excepciones de los dos últimos incisos del art. 1775 CCCN, no existiendo por ende, obstáculo para el dictado de la presente sentencia, aunque no esté firme la sentencia penal.

Nuestro Máximo Tribunal local ha dicho que *“quien acciona en función del art. 1113, 2º apartado, 2º párrafo del C.C., debe probar: a) el daño; b) la relación causal; c) el riesgo de la cosa; d) el carácter de dueño o guardián de los demandados”* (S.C.B.A., Ac. 85775, “Calderucho, Roberto...”, del

24/03/04; Ac. 93337, “Suñe de Ares, Ángela...”, del 06/09/06; Ac. C101790, “Alegre, Lucía...”, del 29/04/09; entre otros).

Encuadrado en el art. 1113 del antiguo Cód. Civil, el daño que aquí se reclama, cae bajo la atribución de responsabilidad objetiva del Club en el que se realizaba la enseñanza de natación al pequeño A., bajo una forma contractual, dado que los padres pagaban por el servicio. Se reclama en concreto por la violación de un *deber de seguridad- deber accesorio de conducta* -pero también por una *actividad riesgosa*: la enseñanza de natación, que conlleva el riesgo cierto de una inmersión que produzca –en casos extremos como el aquí en tratamiento-, la muerte de un alumno del curso de natación. En este sentido, y sin perjuicio que caso-en cuanto a la existencia y calificación legal- se encuadra dentro de la órbita del antiguo Código Civil, resultan sumamente esclarecedores los textos del actual Código Civil y Comercial, en tanto reglas interpretativas que vinieron a recoger y plasmar en él las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales en la evolución de la teoría del “daño causado por y con las cosas” del antiguo art. 1113 del Código Civil. El actual Código Civil y Comercial efectúa un “tratamiento conjunto y amalgamado” bajo un prisma unitario de responsabilidad objetiva, tanto de los supuestos de daños causados por el hecho del hombre (ej. :arts.1753, 1757 y concs.) , como los daños por el hecho de la cosa (ej.:arts.1757,1758 y concs.), (Pizarro- Vallespinos, Tratado de Responsabilidad civil- Parte especial, ed. Rubizal-Culzoni , T.II, pg.234/242). El **art. 1757 se refiere al hecho de las cosas y actividades riesgosas**: “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. **La responsabilidad es objetiva...**”.La eximente invocada por la parte demandada, estaba regulada en la antigua norma del segundo párrafo, segunda parte, del art. 1113 C.C, en estos términos:” *En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (el destacado me pertenece).

De todos modos, sea que se trate de una responsabilidad de fuente contractual, fundada en el incumplimiento del deber de seguridad, o de fuente extracontractual derivada del riesgo de la pileta o de la actividad riesgosa, lo cierto es que **en cualquier caso la responsabilidad obedece a un factor objetivo (arts. 1721, 1722, 1723, 1757, 1758 y conccs CCCN).**

La eximente debe ser probada inexorablemente por quien la invoca, no puede suponerse su existencia en base a un juicio de probabilidad o a una mera hipótesis, pues el texto legal es muy claro: **“Sólo”** significa que el demandado debe probar dicha eximente que produce la ruptura causal por el hecho de la víctima. La sentencia recurrida sostiene que la parte demandada no ha logrado acreditar la existencia de culpa de la víctima y efectivamente, el agravio en tal sentido es insuficiente art. 260 CPCC), pues no intenta cuestionar que no se haya podido demostrar la culpa de la víctima (es decir su contribución causal), sino que reitera su argumentación (anticipada en la contestación de demanda) sobre la **hipótesis –no probada-** de que el menor A., que sufría de epilepsia, hubiera podido convulsionar en el momento en que estaba dentro de la pileta y al desmayarse en el acto por efecto de tal convulsión, se hubiera sumergido en el agua sin que los profesores lo advirtieran. Esta argumentación es insuficiente para demostrar el error de la sentencia o lo absurdo de su razonamiento, pues el apelante solo reitera una hipótesis, una conjetura.

En materia de “culpa” de la víctima el Máximo Tribunal local, con criterio que ha sido recogido por el actual 1.729 CCCN, ha dicho que *“La norma del 2do. ap., 2do. párr., del art. 1113 del Código Civil al hablar de la “culpa” de la víctima, o*

en su caso del tercero, se está refiriendo -en rigor- a la conducta de ésta como factor interruptivo de la relación de causalidad.” (SCBA; AC 84113, “Ferreira Marquez, Santiago...”, del 01/10/2003; Ac 65396, “Manes, Roberto Pedro y otro...”, del 05/04/2000). Ello pues “basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal. Si además, esa conducta significó o tradujo irresponsabilidad, negligencia, culpa, la asunción de un riesgo innecesario o no, son elementos inútiles para juzgar los supuestos de liberación de la responsabilidad contemplada por el art. citado.” (SCBA causas C101930, “Ipata, Maximiliano Julián...”, del 09/06/2010; C 97830. “Ferri, Elsa Albina...”, del 11/02/2009; C 89083, “Ayala, Fernando...”, del 12/11/2008; C 97577, “García, Luis...”, del 28/05/2008, Ac 89874, “Barramuño, Carlos Iván...”, del 07/02/2007; Ac 90443, “Adano, Enrique Germán...”, del 13/04/2005; Ac 86433, “Franco, Carlos Humberto...”, del 01/09/2004; AC 84442, “Scazzino, Eduardo Daniel...”, del 18/06/2003; Ac 75139, “Gorordo, Eliseo Arnaldo...”, del 20/09/2000; esta Sala, causa n° 62.015, “Dos Santos...”, del 17/10/2017; en igual sentido, causa n° 62.332, “Muñoz”, del 22/02/18; causa n° 63.458 cit.).

Igual estrictez mantiene el Máximo Tribunal local en la apreciación del hecho de la víctima como absolutamente interruptivo del nexo causal. En efecto, ha ratificado recientemente “que cuando se pretende que es el hecho de la víctima el que tiene aptitud para quebrar (íntegramente) la relación causal, éste debe aparecer como la causa única del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o la fuerza mayor” (SCBA, C. 121.306, “Loscar, Oscar Alfredo...”, del 29/05/19). Concordantemente, se ha dicho con claridad que “**el criterio para interpretar la concurrencia y la acreditación de las eximentes, debe ser restrictivo, por lo que la prueba liberatoria, tiene que ser fehaciente e indubitable, certera y sin margen apreciable de dudas** o estados de incertidumbre, ya que la norma con **finalidad social típica**, ha creado factores de atribución que deben cesar sólo en casos excepcionales (Mosset Iturraspe, Jorge, *Las eximentes en los accidentes de automotores*, en “*Responsabilidad Civil en materia de accidentes de automotores*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.985, pág. 175). Con la teoría del riesgo, el Juez al resolver, no debe tomar el expediente buscando culpas para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

*condenar, sino que partiendo de la base de qué daño debe ser reparado, **tiene que asumir con toda conciencia, que sólo rechazará total o parcialmente la demanda, si encuentra causas ajenas al demandado***” (Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, autos Nº 251.349/51.912, del 18/04/16; en un mismo sentido, ver Zavala de González, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Ed. Alveroni Tomo II, págs. 671 a 673; Pizarro-Vallespinos, *Tratado de la responsabilidad civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, tomo II, pág. 284; el resaltado es propio).

Del análisis de la causa penal cuya copia tengo a la vista, y de las pruebas rendidas en autos, surge indudable que no está probado que el menor efectivamente hubiera sufrido un ataque de epilepsia en ese preciso momento, lo cual exculparía a los profesores ya que no tenían entre sus previsiones o planes de cuidado de los niños, que ello pudiera ocurrir. No hay ninguna prueba que avale esa hipótesis, es más, todas las declaraciones médicas, incluso de los peritos y del médico que practicó la autopsia, si bien reconocen la necesidad de cuidados especiales para personas que padezcan epilepsia, como por ejemplo saber qué medicación toman –y obviamente- conocimiento de cómo proceder en caso de un ataque. Sin embargo existe constancia de que el menor A. estaba medicado y hacía más de dos años que no tenía ninguna convulsión; ahondando en el origen de esta enfermedad, existen referencias que convulsionaba únicamente dormido durante la noche (Informe pericial psicológico, Dra. Torres, fs. 524 y ss.). Por lo demás, las alegaciones del agraviado de la demandada acerca de la omisión de informarle de que el niño tenía esa dolencia, no la releva del cuidado y previsión adicional que se debe dispensar cuando se trata de menores expuestos a situación de riesgo, y la circunstancia de que recién se advirtió a la víctima ya sumergida, revela que no cumplieron con el deber de protección y cuidado.

Puede afirmarse entonces que, aunque en el certificado médico presentado por los padres a requerimiento de la institución, no figurase el antecedente de epilepsia, esto por sí solo **no resulta suficiente para admitir como eximente la mera posibilidad de que un ataque de epilepsia le hubiera provocado la inmersión** que produjo su asfixia y posterior fallecimiento al día siguiente, pues no ha sido probada tal hipótesis ni existen indicios de su existencia. La jurisprudencia ha dicho que "...por tratarse de responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima debe estar demostrada en forma clara y contundente para exonerar total o parcialmente de responsabilidad, ya que cualquier indicio o deducción no muy claros son insuficientes para ello, porque las presunciones legales sólo se levantan con verdaderas pruebas convincentes" (CNCiv., Sala H,06/2007, "Arabolaza José Luis vs. Juan B. Justo S.A.T.C.I. s. Daños y perjuicios, Rubinzal online; RC J 14818/10). El **art. 1113** – y la doctrina y jurisprudencia unánimes en torno a este eximente- son muy estrictos: véase que el texto legal admite "**solo se eximirá** total o parcialmente de responsabilidad **acreditando la culpa de la víctima...**". La culpa de la víctima significa que el hecho de la víctima -en el caso, la supuesta omisión de sus padres en informar el real estado de salud del menor- tenga **entidad suficiente para producir la ruptura del nexo causal y reemplazar la responsabilidad objetiva** que consagra la norma, **por la "culpa" de la víctima** como **factor de causación** en la producción del hecho dañoso. Se interpreta la noción de "culpa" del texto del art. 1113, como factor de causación o de interrupción del nexo causal que presupone la responsabilidad objetiva. La jurisprudencia ha dicho al respecto :“No sólo no ha violentado el sistema de responsabilidad objetiva establecido por el art. 1113 del Código Civil sino que el fallo recoge los lineamientos de la doctrina legal elaborada en su torno al considerar que el término "Culpa" contenido en la manda mencionada debe ser entendido como incidencia causal del comportamiento de los involucrados en el siniestro a los fines de endilgar responsabilidad civil (Por unanimidad, voto del Dr. Pettigiani al que adhirieron los Dres. Kogan, Genoud, Hitters y Soria; "Gómez Mabel y otra vs. Carboni, Luis Alberto s. Daños y Perjuicios", SCBA, Buenos Aires, 08/11/2006, Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós), Ac.90122, RC J 13320/10).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Todo lo expuesto no importa desconocer que puede mediar no solo ruptura o interrupción total del nexo causal, sino también parcial y concurrir el hecho del damnificado con el riesgo de la cosa o de la actividad.

De modo tal que se impone rechazar este agravio, confirmando la **responsabilidad objetiva de la parte demandada, "Fútbol Club Ferro Carril Sud"** por el fallecimiento del menor A. A. el día 20/7/2010 como consecuencia de un paro cardiorrespiratorio post traumático a consecuencia de asfixia por inmersión sufrida el día 19 de julio de 2010 en el natatorio de la citada institución, en oportunidad en que asistía a clases de natación impartidas por profesores contratados por el Club demandado y bajo la supervisión de guardavidas y personal a cargo de la pileta, todos ellos también bajo dependencia de la demandada (art. 1113 Cód Civil, art. 1757 CCCN; arts. 163 inc.5, 375 y 384 del C.P.C.C.).

b- Agravios referidos a los rubros y montos indemnizatorios. Como se dijo, la parte actora se agravió de los montos otorgados, por considerarlos insuficientes, reclamando que sean elevados a valores acordes a parámetros actuales y a los daños probados. Por su parte, tanto la demandada como la citada en garantía, para el supuesto de que fuere confirmada la responsabilidad de la primera, se agraviaron de los rubros otorgados, cuestionando la indemnización por daño patrimonial entendido como pérdida de chance de asistencia futura en su mayor edad a ambos padres, por parte del menor fallecido.

Asimismo, cuestionaron por excesivos los montos de daño moral y de daño psicológico, considerando este último como no probado para conferirle autonomía, debiendo resarcirse dentro del daño patrimonial o del daño moral.

b.1. Pérdida de chance.

En el caso de fallecimiento de hijos, la pérdida de chance- como daño patrimonial- es la **pérdida de la posibilidad cierta de ayuda futura**, en el sentido de asistencia material y espiritual que un hijo habría podido prodigar a ambos padres, cuando fuesen adultos mayores o ancianos. Se trata de un daño patrimonial que en el régimen del Código Civil derogado era una creación pretoriana y que ahora recoge expresamente el art. 1745 inc. c) CCCN. El fundamento radica en que es innegable, y así está reconocido, que los padres en su ancianidad razonablemente pueden esperar algún tipo de ayuda económica de sus hijos, en la medida de las posibilidades de éstos. Este Tribunal ha resuelto en reiteradas ocasiones que “cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores ...o solteros y sin descendencia, se presume a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que , de vivir el hijo en la ancianidad de sus progenitores o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético” (esta Sala, causa n° 39345, 11/8/98, "Saloiña"; causa n° 39541, 8/9/98, "Luján" ; causa N°47221 17/12/04 "Giacoboni"). De modo que **el daño resarcible es la pérdida misma de la chance y no el valor intrínseco de la vida humana** ni para sí ni para terceros (arts.1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y conchs. Cód. Civ.), ya que “cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T.2b, pág.242; esta Sala, causa n° 37517, 7/4/97, “Cabrerera de Quin”). La **chance es la probabilidad objetiva y cierta –y no la mera posibilidad-** de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, **a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea “suficiente”**. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño –actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos –el llamado “**principio de regularidad**”- es decir lo que sucede “según el curso natural y ordinario de las cosas”, como lo expresó Vélez Sarsfield en el art.901 del Código Civil (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible" p.97; S.C.B.A., Ac.6957, 29/6/65 “Minutta”,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, L.L., 119-394; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en "Temas de responsabilidad civil". En Homenaje a Augusto M. Morello, p.28; Piaggio, Aníbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-812 (cap.IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p.128; esta Sala, causas N° 42469, 26/6/2001, "Cerdeiro"; N°51084, 06/11/2007 "E.R.D. c/E.R.D. s/ Ds. y Pjs." E.D.228-417)."Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo Jorge A. "La pérdida de 'chance' como daño resarcible" L.L.1989-B-106) que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. "in extenso" Piaggio Aníbal "Azar y certeza en el derecho de daños" cit. E.D.152-815; causas N°48.073, 12/5/2005 "Zarza"; 42.976, 6/9/2001 "Testa", 27/3/2013, Causa n°: 2-57090-2012, "Pérez, Nicolás y Otros c/ Zoffranieri, Salvador y Otro s/ Daños y Perjuicios"; c. 50.557, del 20/10/16, "Cordoba...";C. 61459, del 7/3/17, "Corradi..."; esta sala, c. N° 63.456,"González María Elena, sent. 28/2/2019).

Como dije, la parte demandada -y brevemente la citada en garantía-formularon agravio por entender que el menor A., dado la discapacidad mental y motriz que padecía, no podría en su edad adulta servir de ayuda o sostén económico o personal a sus padres, ya que él mismo requería de asistencia y acompañamiento y no podía valerse por sí mismo en la vida diaria ni tenía posibilidades de mejoría o curación. Particularmente, en relación con lo afirmado en la sentencia apelada de que A. hubiera tenido la posibilidad de beneficiarse con las normas de promoción de la igualdad en el acceso a cargos públicos nacionales y provinciales dictadas para las personas discapacitadas (leyes 22.431 y 10.492 allí citadas), advierto que el art. 8 de ambas leyes, al prever el cupo mínimo y obligatorio destinado a ellas, se refiere a las que "reúnan condiciones de idoneidad para el cargo". De manera que no cualquier

persona discapacitada podría acceder a aquellas medidas de promoción, sino sólo las idóneas para el cargo. En el caso, desgraciadamente, el tipo y grado de discapacidad mental y física acreditados respecto de A. y lo referido por quien fuera su pediatra (cf. fs. 388/389), tornan inverosímil la posibilidad de que A. accediera a los referidos cupos legales. De obtener algún ingreso sería a través de subsidios estatales por discapacidad, lo cual, obviamente, sólo podría servirle para sus propias necesidades.

Ahora bien, la jurisprudencia tiene dicho que la ayuda de los hijos puede ser espiritual y de pequeñas contribuciones con significación material (hacer compañía a los padres, ayudar con pequeños quehaceres de la casa, etc). La sentencia reconoce que A. podría realizar actividad con significación económica aunque no fuera laborativa, aunque ya he señalado lo improcedente de admitir una inserción en el mercado laboral amparado por las leyes 22.431 y 10.492. Un fallo de la SCBA (**R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros. s/daños y perjuicios • 14/09/2011.Causa: C.100.285Cita Online: AR/JUR/55516/2011**) analizó una situación similar a la presente, en la que la Cámara interviniente (CCC2a. Mercedes) había asignado por el rubro pérdida de chance por la muerte de una niña con síndrome de Down leve, una suma de dinero insignificante e incluso la recurrente sostuvo que había en esa reducción de monto un mensaje discriminatorio (lo que la Suprema Corte descartó totalmente). En ese caso, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “ la alzada ha asignado un valor dinerario insuficiente por no ser representativo de la vida de la referida menor y, por lo tanto, demostrativo de un razonamiento que quiebra las reglas de la lógica. En ello se evidencia una posición de cercenar el concepto de chance a parámetros exclusivamente económicos y no integrales ... Por el contrario, es necesario considerar la probabilidad ínsita en la chance de otros aportes que no estén circunscriptos al dinerario: compañía en la enfermedad, pagos de impuestos, diligencias sencillas como la compra de medicamentos etc., que indudablemente tienen resonancia económica porque evitan el trabajo rentado de otras personas. En este sentido, señala Matilde Zavala de González que en "las carencias de los padres en la última etapa de la vida no son siempre ni únicamente 'económicas', sino más ampliamente 'relacionales', y esta faceta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

trasciende la órbita de las afecciones legítimas para proyectarse también en el bienestar material" ("Resarcimiento de daños"; t. 2 b, "Daños a las personas"; ed. Hammurabi; p. 254)."

Ahora bien, en ese caso particular, la Corte consideró que "el haber computado la condición personal de la niña -padecer el síndrome de Down- para justificar la reducción de la suma indemnizatoria, sin apreciar las circunstancias concretas del caso -que el síndrome es leve y la educación recibida le hubiera permitido llegar a bastarse a sí misma deviene en un razonamiento teñido de absurdo, ya que este factor enunciado en forma genérica, no autoriza necesariamente a disminuir hasta casi hacer desaparecer la indemnización (art. 384, C.P.C.C.).....máxime cuando ha recibido una estimulación temprana en el aprendizaje y un apoyo afectivo en el seno familiar que le hubieren facilitado desempeñar actividades en forma autónoma. ... (arts. 1068, 1069, 1079, 1084 y 1085, Cód. Civ.; 23, Convención de los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Const. Nac.; 165 y 384, C.P.C.C.)."(el subrayado me pertenece).

El caso de autos ciertamente difiere del referido anteriormente, ya que conforme al informe de fs. 633/634 de la Escuela Especial N° 504 a la que concurría A., y al informe de fs. 90/91 del médico que le otorgara el certificado de discapacidad, éste padecía de un retraso mental moderado y descoordinación motora, lo cual es ratificado por su médica pediatra Dr. Seambelar (fs. 388/389), aunque éste sólo menciona un "retraso mental importante" (por error material del acta dice "importe"), sin especificar mayores detalles. Pero el informe de la Escuela es bastante significativo en cuanto a la poca expectativa de que A. en el futuro pudiese desempeñarse en forma autónoma. En efecto, allí se señala, entre otras variables, que "Se trabajaba en el fortalecimiento de hábitos con supervisión permanente, no lograba hacerlo en

forma autónoma. Las tareas eran orales porque no poseía prensión motriz para tomar un lápiz o pincel. Tenía dificultades para focalizar su atención, sólo lo hacía por escasos minutos. Poseía una notoria dificultad para establecer vínculos con pares y docentes como así también para comprender consignas. Se observaba torpeza motriz para su esquema corporal. A nivel fonaudiológico se observaron: anomias, parafasias semánticas, ecolalia, perseveraciones (sic) y parafasias fonaudiológicas” Más adelante dice “Franca dificultad para la manipulación de diferentes materiales como :masa, crayones, fibrones. Solía llevarse todo a la boca. Reconocía solo el color rojo, los demás no lograba discriminarlos. Expresaba necesidades básicas como la de ir al baño, aunque en ocasiones...requería la asistencia de un adulto”. Como diagnóstico pedagógico señala: “Correspondía con el de un niño con Retardo Mental Severo, según Escala de Inteligencia Terman y Merrill”. En cuanto a las expectativas pasaban por “Lograr relación o vínculo con pares y docentes. Conducirse de modo aceptable en su vida social y personal. Respetar normas básicas de convivencia escolar. Afianzar hábitos de higiene y trabajo permaneciendo sentado y focalizando su atención. Realizar prácticas alimenticias básicas con conducción socialmente aceptable e Incorporar prácticas de higiene y orden en su salón”.

Considero que la acreditada discapacidad mental severa y las dificultades motoras que padecía A., según los términos de la propia demanda, más la necesidad de supervisión en sus actividades cotidianas más elementales, tornan improbable que a su mayoría de edad efectivamente lograra insertarse laboralmente. Más improbable resulta aún que lograra hacerlo en una actividad que no sólo le redituara lo indispensable para su propia subsistencia y necesidades, sino también para atender parcialmente a las de sus progenitores, o inclusive que pudiese prestarles ese otro tipo de apoyo en acompañamiento y quehaceres menores a sus padres ancianos (arts. 384 y 474 CPCC; art. 901 C.C., art. 1727 CCCN).

En suma, por lo hasta aquí dicho, advierto que al margen del enorme daño espiritual –al que luego me referiré- que el fallecimiento de A. ha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

ocasionado en los actores, no puedo tener por probado que su fallecimiento les haya ocasionado un perjuicio económico futuro, que –aún a título de chance– reúna las condiciones de verosimilitud necesarias como para justificar una reparación. Máxime si se considera, como contrapartida, el requerimiento económico que necesariamente hubieran importado los especiales cuidados, tratamientos y medidas de apoyo que hubiera requerido A. durante toda su vida, para el desarrollo pleno de sus potencialidades psíquicas y físicas (art. 901, 1067, 1068, y ccds. C.C.; art. 3 y 1727 CCCN; arts. 375, 384, 474 y ccds. CPCC).

Es que el menor A. no tenía posibilidades ciertas de prestarles a sus padres algún tipo de apoyo económico o aunque no fuese laboral, de ayuda en pequeñas diligencias o situaciones que excluyeran la necesidad de ser asistidos por otra persona, ya que el mismo necesitaría apoyo y contención. Por lo cual no puede asignarse indemnización por pérdida de chance de ayuda material de ninguna índole, sin perjuicio de considerar el significado de la terrible pérdida que representó para sus padres, en el daño extrapatrimonial.

Lo aquí resuelto me exime de examinar los agravios de los progenitores referidos a la utilización del salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha del hecho dañoso y no el del momento de la sentencia para el cálculo de este rubro; sin dejar de mencionar que este tribunal sigue la doctrina legal de la Suprema Corte en materia de deudas de valor (art. 772CCCN).

b.2- Cuantificación del daño moral.

En lo que concierne a la suma indemnizatoria de \$400.000 fijada en la sentencia apelada por **daño moral**, considero que debe rechazarse el recurso de apelación del club demandado, y hacerse lugar, por el contrario, al entablado

por la parte actora. Ello pues a mi juicio, la aludida suma es manifiestamente insuficiente para compensar el enorme padecimiento espiritual, el más devastador que -como lo destaca el decisorio apelado- puede sufrir un ser humano; y que en el caso, como se verá, se ve especialmente agravado. Aclaro aquí que si bien el monto otorgado en la sentencia apelada coincide con el oportunamente reclamado en la demanda (según lo dice la sentencia), el tiempo transcurrido desde aquel escrito inicial, así como la inclusión en él de la expresión “o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos” (fs. 106), habilitan a efectuar el incremento que adelanté.

En materia de daño moral, la Suprema Corte provincial tiene dicho que *“constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar”* (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, “Toledo”, A.y S. 1995 III, 635; Ac.53110, 20/9/94, “Colman”, D.J.B.A. 147-299, J.A. 1995-III-183, A.y S. 1994-III-737; B 67408, 31/10/2016, “M.,J. F...”; esta Sala, causas n° 45.193, sent. del 25-2-03, “Santillán”; n°47.417, del 28/10/04, “Escobar”; n° 54.862, del 23/10/11, “Miranda”; n° 59249, del 30/04/15, “Coz”; n° 60053, del 23/02/16, “Muñoz”, n° 61.570, “González, Maximiliano Gastón...”, del 09/03/17, “Paris Sergio Abel...”, del 12/05/20; n° 65.478, “Méndez, Sara Mabel...”, del 10/09/2020, entre otras tantas).

Más recientemente, ha dicho esta Sala que el daño moral es comprensivo *“de todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos”* (arts. 1078 CC y 1741 CCCN; esta Sala, sentencia única en causas n° 61.417, “Latu ...” y n° 61.459, “Corradi ...”, del 07/03/2017; causas nro. 62.485, “Zampatti” y nro. 62.567, “Gorozo”, sent. única del 22/5/18).(...) Se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones. El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741 CCCN.” (esta Sala, causa n° 63.411, “Degenhart, Jesica Soledad...”, del 06/05/19).

Por su parte, el art. 1741 C.C.C.N. determina que el monto de la indemnización por las consecuencias no patrimoniales *“debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”*, recogiendo así la conceptualización del daño moral como el “precio del consuelo”, receptada por la Corte Suprema Nacional en los autos “Baeza” (C.S.J.N., 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”, con nota del Dr. Jorge Mario Galdós en R.C.y S. 2011-XII, 259) e invocada por esta Sala en numerosos pronunciamientos (vgr. causas n° 52818, “Etcheverry”, del 11/08/11; n° 54327, “Ricco” y n° 54328, “Lancioni”, sent. única del 01/03/12; n° 57.090, “Pérez...”, del 27/03/13; n° 58.109, “Montesano...”, del 20/2/14; n° 59.068, “Roldán...”, del 18/2/15; n° 60135, “Genta”, del 29/12/15, entre otras tantas).

En el caso, como adelanté, la envergadura del sufrimiento espiritual que han sufrido y sufrirán los accionantes, se ve especialmente agravada por la especial condición de A. y las particulares circunstancias en que falleció, pues aún cuando -como se ha resuelto en la instancia anterior-, ellas son ajenas a toda responsabilidad de los accionantes, lo cierto es que en su ideario interno, y

en su rol de padres, no han podido evitar sentir injusta “culpa” por lo sucedido, lo que incrementa enormemente su sufrimiento espiritual.

Corresponde recordar, antes de continuar con la cuantificación, que dado que el accidente por el que se acciona se produjo bajo la vigencia del antiguo Código Civil, *la procedencia* de este daño- que ha llegado firme a esta instancia- se rige por aquellas normas y por la doctrina elaborada por el derecho de daños y copiosa y uniforme jurisprudencia de los últimos años anteriores a la reforma (01/08/2015). Empero y por así establecerlo el art. 7° del CCCN, *la cuantificación* del daño debe ser efectuada teniendo en cuenta las normas vigentes al momento de la presente sentencia, por tratarse de consecuencias de situaciones o relaciones jurídicas preexistentes.

En el caso, como dije, puede considerarse que la suma indemnizatoria fijada en la anterior instancia omite reparar en su integridad las repercusiones espirituales del perjuicio sufrido por ambos padres por el fallecimiento de su hijo A., de diez años de edad. Ello surge nítidamente de los profundos padecimientos experimentados por ambos padres, de los que da cuenta la pericia psicológica de fs.524 y ss. y ampliación de fs. 550, a la que me referiré en particular en el apartado siguiente, cuando evalúe el daño psicológico.

De modo que, en las circunstancias del caso, en consonancia con los últimos montos fijados por esta Sala en materia de daño extrapatrimonial por fallecimiento (vgr. causas n° 59.747, del 8/9/2015, “Dos Santos”; n° 60.631, del 27/9/2016 “Mutuberría”; n° 61.459, del 7/3/17 “Corradi...”; n° 62.072/62.071 (sent. del 7/12/2017) “Gómez y Ávalos...”; nro. 63.458, (sent. del 28/2/2019) “González c/ Balistreri”; n° 64.067, 27/08/2019, “Ferreira, Alba Eliana Soledad ...; n° 63.356, “Amundarain, Gaspar y otros, del 14/05/19; n° 63.411, “Degenhart Jesica Soledad...” del 6/05/19; n° 64.505, “Chutte, Ricardo Omar...”, del 13/11/19; n° 64720, “Gamberini Gabriela Mabel...” y n° 64721, “Nardín Raúl Efraín...”, sent. única del 8/07/20), entiendo razonable y equitativo elevar la indemnización a abonar **a cada progenitor a la suma de Pesos Ochocientos treinta mil (\$ (830.000)** (arts. 901, 1068, 1078, 1083 y ccds. CC; arts. 3, 772, 1740, 1741, 1744 y ccds. CCCN; art. 165, 384, 375, 474 y ccds. CPCC). Sobre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

este monto –estimado a valores actuales -se aplicarán intereses- conforme la más reciente doctrina legal de nuestra Suprema Corte a la tasa pura del 6% anual, desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la presente; y a partir de esta fecha, la tasa a aplicarse en adelante será la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires para depósitos a plazo fijo a treinta días, que en la actualidad resulta ser la tasa BIP. En reciente pronunciamiento, el superior Tribunal ratificó esta doctrina legal, en los siguientes términos: “... deviene aplicable la doctrina legal recientemente sentada por este Tribunal en materia de cálculo de intereses en casos de evaluaciones de deudas realizadas a valor real (causas C. 120.536, "Vera", sent. del 18-IV-2018 y C. 121.134, "Nidera", sent. del 3-V-2018), suscitada teniendo fundamentalmente en consideración las sobrevinientes vicisitudes de cada caso (doctr. arts. 163 inc. 6, 164, 165 y concs., CPCC), el ineludible contexto económico resultante en estos últimos años (art. 384 y concs., CPCC), el principio de reparación integral que campea ante daños derivados de hechos ilícitos (arg. arts. 1, 16, 17, 19, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. Nac.; arts. 1.069, 1.109 y concs., Cód. Civ.; hoy 1.740, 1.746 y concs., Cód. Civ. y Com.), el carácter de deuda de cierto valor que cabe asignarle a las indemnizaciones fijadas con criterios de actualidad en momentos muy posteriores a la ocurrencia de los daños que resarcen (hoy arg. arts. 772 y 1.748, Cód. Civ. y Com.), y el principio de indemnización justa que limita todo posible enriquecimiento incausado que refleje una actitud contraria a los límites impuestos por la buena fe y la moral (conf. arts. 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1.071, 1.167 y concs., Cód. Civ.; ley 24.283; hoy, 9, 10, 1.794 y concs., Cód. Civ. y Com.)”.... ” para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la ya mentada alícuota del 6% anual, la que corresponderá ser impuesta al crédito indemnizatorio desde la fecha del evento dañoso y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de los

daños (conf. doctr. causas C. 120.536 y C. 121.134, cits.; arts. 622 y concs., Cód. Civ.; 7, 772, 1.748 y concs., Cód. Civ. y Com.). De allí en más resultará aplicable la tasa de interés pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta días, hasta el efectivo pago (conf. arts. 7, 768 inc. "c", 770 y concs., Cód. Civ. y Com.; 7 y 10, ley 23.928 y doctr. causas B. 62.488, "Ubertalli", sent. de 18-V-2016; C. 119.176, "Cabrera" y L. 109.587, "Trofe", sents. de 15-VI-2016 y posteriores (SCBA, sent. 18/9/2020, causa C. 123.090, "Paredes, Roberto Gabriel Horacio contra Transporte La Perlita S.A. y otros. Daños y perjuicios"). Esta modificación de la tasa de interés- en concordancia con la fecha a la que ha sido fijada la indemnización por este rubro-no vulnera la prohibición de la "reformatio ad peius" para los actores, habiéndose efectuado el cotejo con el monto de capital más los intereses asignados en primera instancia para el mismo concepto (art. 272 CPCC).

b.3 - Procedencia y montos por incapacidad psíquica y tratamiento terapéutico

3.1- Como dije en el considerando anterior al referenciar los agravios, tanto la parte demandada como la aseguradora citada en garantía, cuestionaron la admisión y montos del rubro **daño psicológico**. En tal sentido, dijo la demandada que la actora no había logrado acreditar el daño ocasionado por tal concepto, como para poder resarcirlo como daño autónomo distinto del daño moral y del patrimonial, por lo cual debía rechazarse. A su vez, la citada en garantía, considerando este daño como no probado para conferirle autonomía, estimó que debía resarcirse dentro del daño patrimonial o del daño moral.

Este último criterio bipartito, por otra parte, fue aceptado por la actora en su escrito de demanda, sin por ello renunciar a la admisión del rubro daño psicológico como daño independiente del costo del tratamiento terapéutico, y dentro del campo patrimonial o del extrapatrimonial, según se probase.

Dado lo escueto de los agravios de demandada y aseguradora, corresponde recordar cuál es la interpretación de este tribunal en cuanto a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

división bipartita del daño indemnizable y su aplicación al caso de autos. En diversos precedentes jurisprudenciales se ha considerado que la **lesión psicológica** como daño jurídico es resarcible como **integrante de la incapacidad psicofísica cuando la alteración psicológica alcanza grado de patología o enfermedad**, sin perjuicio de su incidencia en el rubro **daño moral**; y no constituye un daño autónomo, debiendo ser considerado como integrando el daño patrimonial-en el rubro incapacidad- o el daño moral (esta Sala, C. 54.530, sent.23/8/2011, “Bustingorry...”; c. n° 52.757, sent. 13/8/09, N.A.M. c/M.M.A. y otra s/Daños...). Es decir, que en verdad el daño psicológico carece de autonomía, pero debe estarse a la prueba –esencialmente pericias psicológica o psiquiátrica- para encuadrarlo en uno u otro caso.

Con referencia al daño moral experimentado por el Sr. G. E. A., de 34 años, en entrevista conjunta para ambos cónyuges realizada el 27/11/2012,- cuyas conclusiones han sido en parte ya citadas en la sentencia recurrida, la perito psicóloga Dra. María Viviana Torres dijo que “...*la pareja de padres está sacudida por el dolor...G. aparecía en un rol un tanto más activo...pero dejaba entrever un cierto grado de culpabilidad por el hecho de no haber sabido elegir mejor para proteger a su hijo del medio. Ella con un posicionamiento más depresivo, poca energía disponible y desvitalización, se angustiaba mucho”...el análisis de la entrevista de pareja y del discurso del Sr. G. A. en particular muestra a *una pareja unida por el dolor, la Sra. no tiene capacidad de recupero, el Sr. A. se encuentra aquejado por el profundo dolor pero acepta la realidad, el fallecimiento de su hijo*. La ausencia de su hijo modificó la economía psíquica grupal y el funcionamiento familiar en consecuencia. El temor de perder a su otro hijo, la ausencia del niño a quien ellos hacían foco de sus cuidados y dedicación....el Sr. A. se debate entre su fragilidad y/o debilidad para proteger a su hijo y a su familia, muestra cierta dificultad para el encuentro con el otro,*

expresarse, manifestarse”. Luego de reseñar los diversos tests que ha realizado al padre (test de la casa, del árbol , cuestionario desiderativo, etc.), arriba a la siguiente síntesis diagnóstica: “ Estamos en condiciones de afirmar que G. A., de *estructura de personalidad (obsesivo/fóbica) neurótica con ciertos rasgos actuales compatibles con trauma psíquico* se encuentra con una baja de energía disponible y la misma es derivada en cuidados excesivos, reactivos y reconstitutivos que dispone para consigo mismo, el medio circundante próximo y lejano ... la reactividad de sus defensas pueden asociarse bien a los aspectos traumáticos que se visualizaron en los distintos estudios realizados aunque **no cumple con los criterios para determinar el diagnóstico del Trastorno por estrés postraumático (309.81/F43.1 del DSM 4 TR)**”.

Luego de abundar en consideraciones científicas sobre las características del trauma, de la neurosis traumática, del estrés agudo y del estrés postraumático, se detiene en los **efectos** que este trauma produjo **en las relaciones interfamiliares**, en particular en el cuidado del hijo menor que sobrevive, refiriendo que en G. el trauma produjo una exacerbación de las defensas y un estado de miedo y evitación que le impide la relación confiada y relajada con el medio. No obstante ello reitera: "No reúne las condiciones esperables en pacientes que padecen neurosis traumática". Más adelante, en respuesta a otro de los puntos periciales concluye: "Las creencias suelen no alcanzarle o dudar de ellas. Como no ha sido asistido tiene pocas herramientas para resolver el duelo y no han generado nuevas acciones o costumbres para recordar a su hijo, cuestión que alivia bastante". Asimismo –ante otro punto pericial sobre la posibilidad de ser tratado clínicamente y en relación al costo del tratamiento, responde que debería realizar entrevistas vinculares con su esposa para procesar juntos el dolor por el fallecimiento de su hijo y restituir la dinámica matrimonial anterior al evento y también a los efectos de auxiliar a su hijo vivo, quien debe estar sufriendo las consecuencias de esta pérdida e indirectamente el efecto que ese dolor ha producido en sus padres. También aconseja entrevistas individuales de psicoterapia con el objetivo de restituir sus defensas y que resulten operativas pero no reactivas, puesto que la reactividad defensiva termina separando a las personas de su comunidad e incluso de los próximos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Consideró necesario una terapia individual semanal al menos durante un año; y una entrevista familiar o de pareja de una sesión semanal durante al menos seis meses; y estimó su costo total en \$ 18.000; importes que, dado el tiempo transcurrido, ha quedado desactualizado.

En el caso del Sr. G. A., por consiguiente, el daño psíquico ocasionado no ha producido trastorno de estrés postraumático, aunque sí un dolor profundo y consecuencias que podrían haberse revertido con tratamiento psicológico consistente en terapia individual y terapia familiar o de pareja. **No procede de tal forma, en su caso particular**, indemnizar el **daño psíquico** como daño patrimonial que integra el daño por incapacidad, **sino como integrante del daño moral** (cfr. apartado anterior), por no registrarse patología psiquiátrica o psicológica instalada. **Corresponde en cambio indemnizar como daño patrimonial el costo del tratamiento psicológico aconsejado por la perito Viviana Torres.**

Considerando valores actuales promedio de \$ 1.000 por sesión, para una sesión semanal de terapia psicológica durante un año y una sesión de terapia grupal o familiar durante seis meses, el costo del tratamiento para G. A., expresado a valores actuales, requeriría **\$ 91.000 (Pesos noventa y un mil)**, lo que así se determina.

Este importe devengará intereses a tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la fecha de esta sentencia, y en lo sucesivo, en caso de mora en el pago, la tasa de interés será la pasiva digital en cuanto tasa pasiva más alta, que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días (arts. 768, 772, 1740, 1748 CCCN; S.C.B.A. citadas causas "Vera" y "Nidera"; esta Sala, citada causa n° 63.667,

“Montes”, sentencia del 23-4-2019, causa n° 64.941, “Cuesta”, sentencia del 23-4-2020, entre muchas otras).

3.2- En el caso de la Sra. C. V., por el contrario, **además del costo del tratamiento terapéutico** también aconsejado, deberá ser indemnizado el **daño psicológico como incapacidad sobreviniente integrante del daño patrimonial**, pese a que la perito psicóloga aunque se refirió a una patología instalada, no determinó porcentajes de incapacidad. Las conclusiones a su respecto son bien diferentes de las de su esposo.

A la época del accidente, C. tenía 31 años y se desempeñaba como secretaria en un consultorio médico. Al momento de la entrevista la madre se mostraba “con un profundo dolor por la muerte de su hijo, preocupada en su discurso por mostrar todo el cuidado que le dispensaban y la atención y el cuidado que pusieron al elegir la pileta y el grupo de profesionales”. De hecho, ambos padres narraron que A. había concurrido con anterioridad a otra pileta pero como estaba a cargo de una sola profesora no les pareció segura y por ello la cambiaron al Club Ferro. **“Se la ve sin posibilidades inmediatas de recupero si continúa sin ayuda (terapéutica). Padece una depresión postraumática a consecuencia de un duelo que no termina de resolver** y en el cual queda fijada en la etapa en la que no terminar de digerir y/o reconocer la ausencia de Axel.”. Como resultado del test “persona bajo la lluvia” expresa la perito psicóloga que C. era a esa fecha “una persona equilibrada, con excelente potencial intelectual y recursos para procesar el duelo con lo cual con un tratamiento adecuado puede recuperarse y sin él, será difícil salir del estancamiento emocional y libidinal en que se encuentra”. En el protocolo de administración del test desiderativo, se la observa muy lenta en sus respuestas y se visualizan nuevamente los rasgos depresivos. Como **síntesis diagnóstica se informa que padece una depresión postraumática a consecuencia de un duelo que no termina de resolver**. Su proceso de duelo inconcluso produce en la entrevistada la **pérdida de interés por la vida, el sentimiento doloroso y el efecto depresivo que lo inunda todo, “está lejos de cualquier ideal de bienestar o felicidad”** y su situación afecta su vida, la de su esposo, la de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

su hijo menor vivo, el vínculo, el clima hogareño. En su caso aconseja la terapia familiar o vincular con su esposo, para procesar juntos el dolor por la muerte del hijo, durante seis meses, como se dijo; más una terapia individual con una frecuencia de dos sesiones semanales al menos durante un año. Agrega que si a los dos meses del tratamiento no se percibe mejoría es importante que reciba tratamiento psiquiátrico y que sea medicada. Se estimó también el costo del tratamiento psiquiátrico con medicación.

Más adelante, al responder el pedido de explicaciones sobre el costo del tratamiento, la perito explicó que las obras sociales cubren solo un tratamiento de 15 a 30 sesiones anuales de psicoterapia breve, es decir, no el tipo de tratamiento requerido en estos casos. También desaconsejó tratamientos con profesionales que pudieran reducir los costos pero que carecen de experiencia.

Es decir, que C. requería para su tratamiento psicológico, el costo de 108 sesiones individuales a razón de \$1.000 cada una, además de las de terapia vincular con su esposo (estimadas en 27 sesiones). Ello representa, a valores actuales, la suma de \$ 135.000. No puede estimarse el costo actual de un tratamiento psiquiátrico, porque se carecen de datos acerca de la realización- dado el tiempo transcurrido-, de la terapia aconsejada, ni de su resultado, o de la necesidad cierta de la consulta psiquiátrica y tratamiento con medicación que hubiera podido requerir C. V..

Por lo cual **en concepto de gastos de tratamiento psicológico (como daño patrimonial)**, corresponde otorgar a la Sra. C. V. la suma de **\$ 135.000 (pesos ciento treinta y cinco mil)**. A esta suma, deberán adicionarse los mismos intereses a tasa pura del 6% anual desde el momento del hecho y hasta la presente sentencia y, en caso incurrir en mora, de ahí hasta su efectivo

cumplimiento se aplicará la tasa pasiva más alta que en la actualidad es la tasa BIP del Banco de la Provincia de Buenos Aires, para operaciones de plazo fijo a 30 días, como en el caso anterior.

3.3- En cuanto al **daño por incapacidad psíquica**, en el caso presente aunque no ha sido estimada en porcentuales, ha sido extensamente descripta por la perito psicóloga Dra. Viviana Torres, indicando los procedimientos científicos realizados, que le otorgan suficiente sustento como para guiar al juez en su labor de cuantificar el daño (art. 165 y 474 CPCC). Así como el juez no está obligado a atarse matemáticamente a los porcentuales de incapacidad estimados por los peritos, aunque no puede desoír los criterios científicos de la especialidad, (esta sala, Causas n° 63.914, 30/4/2019 y c. n° 61.309, 14/2/2017 cit.), puede estimar dicho porcentaje de incapacidad en base al diagnóstico de la perito, a esos mismos criterios de cuantificación y a los baremos para incapacidades psicológicas de uso habitual en la especialidad y en la práctica judicial.

Es por ello que considero que la Sra. V., de acuerdo al **informe pericial psicológico que he referenciado, ha padecido una depresión post traumática, con carácter de patología instalada**, al menos durante los dos años y medio transcurridos desde la fecha del hecho (20/7/2010) y hasta el momento de la entrevista (noviembre de 2012). Luego, en caso de haberse iniciado el tratamiento aconsejado, le demandaría al menos un año su recuperación. Es decir, que puede aseverarse que **al menos durante tres años y medio posteriores a la muerte de su hijo ha sufrido un trastorno depresivo**. Puede presumirse con un cierto grado de probabilidad y según lo que acontece acorde el curso normal y ordinario de las cosas, que luego de ese período y de realizado el tratamiento terapéutico aconsejado por la perito psicóloga, dicha depresión puede haber tenido una remisión, ya sea total o al menos parcial de un 50%.

El **Baremo General para el Fuero Civil**, de José Luis Altube y Carlos Alfredo Rinaldi (Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2da. Ed., 2013, pg. 282) describe así : “ n.39-TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR, episodio único –DSM



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

IV.F 32.x, C.I.E. 10.296 X 2- de carácter MODERADO: aparecen manifestaciones relacionadas con situaciones cotidianas totalmente ajenas al conflicto generador de la reacción, hay alteración de las relaciones laborales y de la vida familiar, presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base, no hay trastornos de la memoria ni de la concentración, requiere terapias prolongadas pero no tratamiento farmacológico”, y le asigna un grado de incapacidad que oscila entre el **15% al 30%**; y en el caso del n. 46- TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO (DSM IV: F43.1- C.I.E. 10:309.81) (pgs.287/288) Crónico Moderado: aparecen manifestaciones relacionadas con situaciones cotidianas totalmente ajenas al conflicto generador de la reacción, hay alteración de las relaciones laborales y de la vida familiar, presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base, no hay trastornos de la memoria ni de la concentración, requiere terapias prolongadas pero no tratamiento farmacológico”, y le asigna igualmente un grado de incapacidad que oscila entre el **15% al 30%**. Aclaro que la clasificación **DSM-IV** con códigos **CIE-10 (13)** tiene su origen en el “*Diagnostic and Statiscal Manual: Mental Disorders (DSM I)* de la “*American Psychiatric Asociation Committee*” y sus actualizaciones, coordinado con la nomenclatura utilizada por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) (Ver: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* , publicación de la Universidad Nacional de Mar del Plata,<<https://www.mdp.edu.ar/psicologia/psico/cendoc/archivos/Dsm-V.Castellano.1995.pdf>>).

Corresponde por tanto indemnizar la **incapacidad psicofísica** que, como **daño patrimonial**, ha sufrido la actora C. V., considerando la perturbación patológica de su personalidad **-depresión-**, trastorno que en su caso ha superado el umbral a partir del cual se considera el daño psíquico como

patológico, cuando se supera la noción básica de “sufrimiento normal”, limitando las posibilidades de la víctima , no sólo en el aspecto laborativo sino en su vida social y familiar (C.N.Civ., sala G., 3/11/19932,”Luna, Juan B. c. Delfino, Antonio M., LL1994-C-51). Si bien antiguos precedentes, incluso de la Corte nacional, estimaban que la incapacidad psíquica, como daño indemnizable, era solamente la incapacidad permanente, se ha puntualizado con acierto , como señala Zavala de González, que *“una experiencia traumática con fuerte trascendencia patológica, no es erradicable por completo; quedará inexorablemente incorporada a la personalidad de la víctima, así sea a nivel inconsciente. Cada vez que se suscite un acontecimiento evocador, resucitarán los síntomas, en mayor o menor medida, o se anudará un insalubre mecanismo de represión. Sin embargo, como regla, tratamientos apropiados pueden suavizar efectos nocivos, a veces de manera significativa. Esta previsible aminoración del daño psíquico después de la terapia, debe disminuir correlativamente la indemnización por el desequilibrio existencial futuro”.....”en la medida subsanable , resulta legítimo el esfuerzo de la víctima tendiente a amenguar (las secuelas) y, **dentro de esos límites, son acumulables los gastos por terapia y la compensación por el desequilibrio existencial inherente al daño psíquico a partir del hecho lesivo y hasta la conclusión de aquella, además de las secuelas que puedan subsistir después”** (Zavala de González, Matilde, Tratado de daño a las personas. Disminuciones psicofísicas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pgs. 197,199 y 200; esta sala C. 61309,”González, Carlos Adrián..”, sent. 14/2/2017; el destacado me pertenece).*

Habitualmente este tribunal ha adoptado el criterio de no asignar indemnización por daño psicológico con carácter de daño patrimonial, en los casos en que el perito interviniente no ha indicado el porcentaje de dicha incapacidad. Sin embargo, en este particular caso, en el que de las propias evaluaciones del informe pericial surge la presencia de dicha patología, con afectación principalmente en la esfera emocional y en el ámbito familiar, se impone **con carácter excepcional, reconocer e indemnizar dicho daño psicológico como patología instalada e invalidante** (art 1746 CCCN).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

Por las consideraciones apuntadas considero que debe resarcirse un 15 % de incapacidad por daño psíquico a la co-actora C. V., por un período de tres años y medio (es decir, los dos años y medio transcurridos desde el accidente más un año estimado de tratamiento terapéutico); y a partir de allí y por el tiempo restante de vida productiva hasta sus 70 años (35,5 años) una incapacidad del 50% restante de la anterior (es decir, el 7,5%), estimando un 50 % de posibilidad de remisión de su patología instalada desde la fecha indicada y hasta el momento de la presente. En consecuencia, promediando los 3,5 años que cabe estimar a una incapacidad psíquica del 15%, y los 35,5 años posteriores al tratamiento terapéutico que cabe presumir a una incapacidad del 7,5%, cabe considerar configurada una incapacidad psicológica promedio indemnizable para todos los períodos de 8,17%. Por otra parte, habré de considerar que, si bien en la entrevista psicológica se consignó que la Sra. C. V. trabajaba en un consultorio médico como secretaria, no se especificó, salario, ni tiempo de trabajo (día completo o medio día), careciendo de datos fehacientes. Por ello voy a considerar los siguientes parámetros: Ingresos: un Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha de la presente (Res. 4/20 del CSMVM, de \$ 18.900 a partir del 1º/10/2020); una edad de 31 años a la fecha del hecho, una edad tope de 70 años, los períodos indemnizados antes indicados de 3 y medio y 35 y medio respectivamente, un porcentaje de incapacidad del 8,17%, y una tasa de descuento del 4% anual. Para efectuar el cálculo, utilizaré la fórmula de renta constante no perpetua que usa este tribunal habitualmente en la determinación del daño psicofísico (art. 1746 CCCN):

Donde: "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada para cada período anual, "i" la tasa descuento anual, y "n" el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva de la víctima.

Con los antedichos parámetros, la aludida fórmula arroja una suma indemnizatoria de **\$393.133**, la cual entiendo razonable y ajustada a las circunstancias particulares del caso, ponderadas según los datos de la realidad económica actual, los antecedentes de este Tribunal, y el parámetro orientativo general proveniente de las indemnizaciones mínimas por incapacidad previstas en el sistema de riesgos del trabajo (arts. 1, 3, 5, 7, 1716, 1727, 1740, 1746 y cctes. CCyC; arts. 163 inc. 5, 165, 260, 375, 384 y cctes. del CPCC).

Como corolario del desarrollo anterior propicio la admisión del recurso de apelación de los actores respecto a la **indemnización por tratamiento terapéutico más incapacidad por daño psicológico de la Sra. C. V.**, por las respectivas sumas de **\$ 135.000 (Pesos Ciento treinta y cinco mil) y \$ 393.133 (Trescientos noventa y tres mil ciento treinta y tres)**; con más la tasa de interés pura del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la presente sentencia, y de aquí en adelante y hasta el efectivo pago, la tasa será la tasa pasiva más alta (en la actualidad, la tasa BIP) que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires para colocaciones de plazo fijo a treinta días (arts. 278 y 279 CPCC; arts. 768 y 1748 COCCN; SCBA, c. 120.536 "Vera", del 18/04/18 y c.121.134, "Nidera", del 03/05/18; esta Sala, causas n. 64.067, "Ferreira...", del 27/8/19;n. 64.824, "Castro...", del 17/03/20; n.65.478, "Méndez Sara Mabel...", del 10/09/20, entre muchas otras).

IV). Agravio por el diferimiento del límite de cobertura opuesto por la Aseguradora citada en garantía.

La actora se agravió porque el sentenciante ha omitido deliberadamente expedirse sobre el límite de cobertura invocado por la citada en garantía, Nativa S.A. (\$ 200.000 a julio de 2010, fecha del hecho), difiriendo dicho análisis para la etapa de ejecución de sentencia. Sostiene que el punto era 0parte del *thema decidendum* y que no puede diferirse porque en la ejecución de sentencia tiene que llegar firme el monto y los obligados al pago.

Considero que le asiste razón al apelante, pues la cuestión planteada acerca del límite de cobertura, es una cláusula contractual que debe ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

interpretada a la luz del contrato de seguro vigente y de la citación en garantía por parte de la víctima o del asegurado, establecida por el art. **118 L.S.** La procedencia o no de dicho límite es una cuestión sustancial que debe resolverse en esta etapa, dejando para la etapa de ejecución de sentencia, luego de practicada la liquidación pertinente, la determinación de los montos que corresponda percibir a cada víctima, a prorrata de sus respectivas indemnizaciones (**art. 119 LS**); por lo que asumiendo competencia positiva, procederá a expedirme sobre el punto omitido en la sentencia de primera instancia (art. 273 CPCC).

Pues bien, sin perjuicio que la garantía debe ser prestada en la medida del seguro contratado, el **art. 109** de la ley 17.418 establece los alcances del seguro de responsabilidad civil: *"... el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido"*.

El seguro de responsabilidad civil tiene una regulación específica, a la luz de la cual debe ser interpretada la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado por cuanto deba éste al tercero. Es así que, dado el tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la presente sentencia, y considerando que la Aseguradora tuvo la opción de no resistir la pretensión y haber depositado la suma asegurada y costas proporcionales (**art. 110 inc. a). LS**), lo que le hubiera permitido desobligarse en el límite del seguro vigente a la fecha del hecho (20/7/2010), no puede ahora beneficiarse depositando el mismo importe diez años después. Ello constituiría un enriquecimiento indebido en perjuicio de la víctima y/o del asegurado (arts. 1, 9, 961, 962, 965 y concs. CCCN).

Por consiguiente, no surgiendo expresamente un límite mínimo del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Resolución Reglamentaria de la Ley 20.091 aprobado por Resolución SSN n° 38.708 del 06/11/2014, T.O. Res. SSN n° 407-2019 del 03/05/2019),; dicho límite procederá a elevarse quedando equiparado -por analogía- al **mínimo legal de \$1.000.000**, vigente en la actualidad para el seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores, conforme la **Resolución 1162/18** de la Superintendencia de Seguros de la Nación (cláusula 2, inc. 1° del Anexo I).

Ello así pues, conforme lo ha señalado esta Sala, "...la cláusula de delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza de seguro, convenida en concordancia con la normativa vigente al momento del hecho (cobertura básica obligatoria), no puede ser oponible al asegurado y a la víctima cuando la magnitud de los daños padecidos por esta última fue estimada en un tiempo actual, en el que también debe ser ejecutada la garantía, pues ante los disímiles contextos habidos en tales fechas, su pretendida aplicación literal se muestra ostensiblemente irrazonable, al resultar abusiva, desnaturalizar el vínculo asegurativo por el sobreviniente carácter irrisorio de la cuantía de la cobertura finalmente resultante, afectar significativamente la ecuación económica del contrato y la equivalencia de sus prestaciones, destruir el interés asegurado, provocar en los hechos un infraseguro, contrariar el principio de buena fe y patentizar un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora" (conf. arts. 1, 14, 17, 19, 28, 31, 33, 42, 75 inc. 22 y cc., Constitución Nacional; arts. 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1037, 1068, 1069, 1071, 1077, 1079, 1109, 1137, 1167, 1197, 1198 y cc., Código Civil; art. 68 y cc., Ley 24449; arts. 23, 24, 25, 30, 31, 33, 43 y cc., Ley 20091; arts. 5, 7, 11, 61, 62, 65, 68, 109, 118, 158 y cc., Ley 17418; arts. 3, 37 y cc., Ley 24240; arts. 217, 218 y cc., Código de Comercio; arts. 47, 92 y cc., Ley 11430 de la Provincia de Buenos Aires) (SCJBA, Ac. 119088, 21/02/2018, "Martínez, Emir vs. Boito, Alfredo Alberto s. Daños y perjuicios", voto del Dr. Pettigiani, que hizo mayoría, al que adhirieron los Dres. Soria, Genoud y Kogan)" (esta Sala, causas n° 63.079 "Cruz...", 63.080 "Alfano..." y 63.081 "Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

SA...”, sent. única de fecha 27/3/19; en igual sentido, causa n° 63.356, “Amundarain Gaspar...”, del 14/05/19).

Asimismo, cabe aclarar que conforme lo tiene dicho este Tribunal, el aludido límite no abarca los mayores costos por intereses, costos y costas judiciales y extrajudiciales del proceso, los que deberán ser abonados por la compañía en forma complementaria y proporcional a la porción del capital de condena cubierta (arts. 61, 62, 109, 110, 111, 118 y ccdtes. Ley 17.418; Anexo I, cláusula 2 de la Resolución 1162/2018 de la Superintendencia de Seguros de la Nación; esta Sala, sent. única del 27/03/19 dictada en las causas n° 63079, “Cruz María Elizabeth...”; n° 63080, “Alfano Lucia Cecilia...”, y n° 63081, “Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A....”; y sent. única del 8/07/20 dictada en las causas n° 64720, “Gamberini Gabriela Mabel...” y n° 64721, “Nardín Raúl Efraín...”; dictadas conforme SCBA, C 96946, “Labaronnie, Osvaldo Pedro...” del 04/11/2009; C119088 “Martínez, Emir...”; CSJN 623/2013 “del 20/5/2018; Buján, Juan Pablo c. UGOFE LSM...”, Stiglitz, Rubén S. y Compiani, María Fabiana, Las costas y los intereses en el contrato de seguro contra la responsabilidad civil y un excelente pronunciamiento de la Corte de la Nación; DJ 09/03/2016, 21- RCyS 2016- VII-17; esta Sala, C. 65.478, “Méndez, Sara Mabel...”, sent. 10/9/2020).

Se resuelve en consecuencia la necesidad de elevar el límite de cobertura a las pautas contractuales actualmente vigentes, por equiparación analógica con el límite mínimo de cobertura de \$1.000.000 actualmente vigente para el seguro obligatorio de responsabilidad civil para automotores establecido por la Superintendencia de Seguros de la Nación, según lo indicado en los párrafos precedentes.

V). Las costas de primera instancia –en razón de confirmarse la atribución de la responsabilidad civil de la parte demandada, serán a cargo de ésta última (art. 68 CPCC) y las de segunda instancia, en atención a la forma como prosperan los respectivos recursos, serán soportadas en un 90% a cargo de la parte demandada y en un 10% a cargo de la parte actora (arts. 68 y 71 CPCC); difiriéndose la regulación para el momento de practicarse liquidación definitiva (art. 31 ley 14.967).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez **Dr. Galdós** votó en idéntico sentido, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Señora Juez **Dra. Longobardi** dijo:

Atento lo que resulta del tratamiento de la cuestión precedente, y lo establecido por los arts. 254, 260, 261, 266 y 267 del código procesal, **se resuelve:** **1) Rechazar la eximente** de culpa de la víctima de la parte demandada y de la citada en garantía, **confirmando** la responsabilidad civil objetiva de la parte demandada (art. 1113 Cód. Civil, art. 7 CCCN). **2) Hacer lugar** al recurso de la parte actora y de la citada en garantía, resolviendo en forma expresa el planteo de esta última sobre el límite de cobertura (art. 273 CPCC), conforme lo establecido en el Considerando IV de la primera cuestión; **sin costas**, en atención a la forma como se originara la cuestión. **3) Hacer lugar** al recurso de la parte actora **y elevar el límite de cobertura** del seguro contratado por la demandada, conforme a las pautas indicadas en el mismo Considerando IV citado. **4) Hacer lugar** al recurso de la parte demandada y de la citada en garantía, **rechazando** el rubro indemnizatorio demandado como “**Lucro cesante- pérdida de chance**”, por los motivos indicados en el Considerando III, ap. b. 2). **5) Modificar parcialmente** la sentencia y **elevar** los montos indemnizatorios otorgados en concepto de **daño moral**, a la suma de **\$ 830.000 (ochocientos treinta mil pesos) para cada uno** de los accionantes. **6) Modificar parcialmente** la sentencia y **elevar** los montos indemnizatorios otorgados en concepto de **gastos de tratamiento terapéutico**, a las sumas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE

indicadas en el Considerando 3.b.1 y 3.b.2 respectivamente para G. A. y C. V..
7) Modificar parcialmente la sentencia y admitir la procedencia del **rubro daño patrimonial por incapacidad psicológica** para la Sra. C. V. según lo establecido en el Considerando 3. B.2). **8) Establecer** que la liquidación de intereses se practicará en la forma indicada en cada uno de los respectivos rubros indemnizatorios, conforme la doctrina legal citada. **9) Confirmar las costas** de primera instancia a cargo de los demandados vencidos (art. 68 CPCC) e **imponer** las de segunda instancia según lo establecido en el Considerando V. **10) Diferir** para su oportunidad la regulación de honorarios (art. 31 ley 14.967).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez **Dr. Galdós** votó en idéntico sentido, por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

-SENTENCIA-

Azul, 10 de Noviembre de 2020.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia

referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., **se resuelve:** **1) Rechazar la eximente** de culpa de la víctima de la parte demandada y de la citada en garantía, **confirmando** la responsabilidad civil objetiva de la parte demandada (art. 1113 Cód. Civil, art. 7 CCCN). **2) Hacer lugar** al recurso de la parte actora y de la citada en garantía, resolviendo en forma expresa el planteo de esta última sobre el límite de cobertura (art. 273 CPCC), conforme lo establecido en el Considerando IV de la primera cuestión; **sin costas**, en atención a la forma como se originara la cuestión. **3) Hacer lugar** al recurso de la parte actora **y elevar el límite de cobertura** del seguro contratado por la demandada, conforme a las pautas indicadas en el mismo considerando IV citado. **4) Hacer lugar** al recurso de la parte demandada y de la citada en garantía, **rechazando** el rubro indemnizatorio demandado como “**Lucro cesante- pérdida de chance**”, por los motivos indicados en el Considerando III, ap. b. 2). **5) Modificar parcialmente** la sentencia y **elevar** los montos indemnizatorios otorgados en concepto de **daño moral**, a la suma de \$ **850.000 (ochocientos cincuenta mil pesos) para cada uno** de los accionantes. **6) Modificar parcialmente** la sentencia y **elevar** los montos indemnizatorios otorgados en concepto de **gastos de tratamiento terapéutico**, a las sumas indicadas en el Considerando 3.b.1 y 3.b.2 respectivamente para G. A. y C. V.. **7) Modificar parcialmente** la sentencia y admitir la procedencia del **rubro daño patrimonial por incapacidad psicológica** para la Sra. C. V. según lo establecido en el Considerando 3. B.2). **8) Establecer** que la liquidación de intereses se practicará en la forma indicada en cada uno de los respectivos rubros indemnizatorios, conforme la doctrina legal citada. **9) Confirmar las costas** de primera instancia a cargo de los demandados vencidos (art. 68 CPCC) e **imponer** las de segunda instancia según lo establecido en el Considerando V. **10) Diferir** para su oportunidad la regulación de honorarios (art. 31 ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y **DEVUÉLVASE**.

GALDOS Jorge Mario

JUEZ



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

LONGOBARDI María Ines

JUEZ

CAMINO Claudio Marcelo SECRETARIO DE CÁMARA