



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 18 de febrero del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ARAYA ALICIA ELIZABETH Y OTRO C/ I.S.S.N. Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)**" (JNQC12 EXP 475319/2013) y su acumulado "**VALENZUELA JORGE CIPRIANO C/ ROSA ELVIO ARIEL Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)**" (JNQC12 EXP 501105/2014) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En hojas 960/961 expresa agravios la citada en garantía El Comercio CIA (Recurso deducido en hoja 945).

Como primer agravio, cuestiona que el sentenciante haya atribuido la responsabilidad por el accidente al conductor del rodado asegurado por esa parte (ambulancia).

Destaca que, encontrándose acreditado que la ambulancia circulaba con las luces y sirenas encendidas, el asegurado se encontraría exento de responsabilidad, por tratarse de un vehículo de emergencia.

Dice que la situación de emergencia que, la Magistrada sostiene que no fue acreditada, consistía en la madre que circulaba a bordo de la ambulancia con su hijo menor, un bebe de 23 meses, quien había estado internado en el hospital de la ciudad de Zapala, para ser trasladado por la gravedad de su cuadro a la clínica San Lucas de esta ciudad de mayor complejidad.

Solicita se revoque la sentencia, debiendo atribuirse la responsabilidad al Sr. Valenzuela, conductor del camión, quien es un tercero por quien no debe responder.

Como segundo agravio, critica el porcentaje de incapacidad sobreviniente reconocido a Alejandra Elizabeth Rauch.

Destaca que, el 5.16% de incapacidad informada por el perito médico, es por una cicatriz respecto de la que no se ha probado su incidencia en la vida de relación presente y futura de la actora.

Dice que allí se está reconociendo una indemnización en concepto de daño extrapatrimonial, configurándose un enriquecimiento sin causa.

1.2.- En hojas 962/969 expresan agravios, por medio de su apoderado, las actoras Araya Alicia y Alejandra Rauch (Recurso deducido en hoja 943).

Luego de reseñar los antecedentes del caso, señala como primer agravio, una errónea valoración del porcentaje de incapacidad tomado para determinar el daño económico e incapacidad sobreviniente.

Cuestiona que, respecto a la Sra. Araya, se haya descartado la limitación funcional de la columna cervical.

Remarca que las observaciones a la pericia fueron contestadas en debida forma (hoja 737), haciéndose expresa referencia al nexo causal que ignora la sentenciante.

En segundo lugar, entiende que se pierde de vista que el 14% de incapacidad de la columna cervical fue ponderada por el perito médico, no ciñéndose a una mera contractura de la masa muscular paravertebral, sino también en la limitación funcional examinada en la cita médica.

Entiende que la sentenciante se ha apartado arbitrariamente de los argumentos dados por el perito, en tanto no da los argumentos que justifican su decisión.

Como segundo agravio, critica el monto otorgado en concepto de daño moral y psicológico.

Dice que, las sumas reconocidas a sus mandantes, resultan exiguas para compensar la totalidad del daño extrapatrimonial de éstas.

Destaca las constancias de las pericias psicológicas, señalando que el error del Juez es evidente, por haber obviado el resultado de la profusa prueba rendida.

Como tercer cuestionamiento, se queja de que, para determinar el monto por daño económico, se ha tenido en cuenta una fórmula de cálculo que no prevé la pérdida de chance y la edad de retiro a los 75 años.

Refiere que el fallo dice aplicar la fórmula matemática utilizada en el fuero, sin embargo, en la actualidad se aplica el promedio de las fórmulas Vuotto Méndez. Cita precedentes de esta Alzada.

Concluye que es ésta es la fórmula que debe aplicarse.

1.3.- En hojas 970/975 expresa agravios Valenzuela Jorge Cipriano, por medido de su apoderado (Recurso deducido en hoja 327 del expediente 501105/14).

Como primer cuestionamiento, entiende que se equivoca la Magistrada en el punto IV de los considerandos, al atribuirle responsabilidad a esa parte.

Dice que la magistrada no ha valorado la prueba rendida.

Destaca el carácter de embistente de la ambulancia y que el camión recibió el impacto sobre su izquierda.

Alega que en tanto el camión ya estaba trasponiendo la ruta, no se le puede reprochar a su conductor que advirtió la ambulancia y que debía permitirle el paso, dado que por la velocidad de la ambulancia, y por tener el semáforo en verde, no tuvo tiempo de percatarse la aproximación del rodado que llegaba desde la izquierda.

Como segundo agravio, expresa que se equivoca la Sentenciante al omitir tratar los rubros indemnizatorios reclamados por esa parte, daño emergente y moral.

En tercer lugar cuestiona que si bien hizo lugar a la demanda interpuesta, las costas se impusieron en el orden causado.

Dice que el carácter de vencido se configura para el demandado, si la acción prospera aunque sea en mínima parte en cuanto al monto, o si el actor triunfa en todas las cuestiones litigiosas, ello en virtud del principio de reparación integral.

1.4.- En hojas 976/983 expresan agravios San Cristóbal SMSG y Jorge Cipriano Valenzuela (Recurso deducido en hoja 942).

Se quejan de la atribución de responsabilidad concurrente efectuada en sentencia.

Señalan que existe una incorrecta valoración de la prueba y que existe culpa exclusiva de un tercero por quien no deben responder.

Dicen que, conforme lo normado por el art. 61 de la ley 24.449 la excepcionalidad prevista se encuentra justificada *"siempre y cuando no ocasiones un mal mayor que aquel que intenten resolver"*.

Que es por ello que lo esencial es establecer si la conducción del demandado Rosa ocasionó un mal mayor al que intentaba resolver o no.

Destacan que, a diferencia de lo que ocurre con el exceso de velocidad (que sí se encuentra comprendido en la excepción que puede no respetar un vehículo en emergencia), no existe norma alguna que dispense a una ambulancia, ni siquiera en situación de emergencia, a no respetar el semáforo en rojo.

Transcriben las contestaciones del perito que avalan su postura, destacando que se encuentra íntegramente acreditado que, quien generó en exclusividad el accidente, fue el conductor de la ambulancia.

Concluyen que tanto la pericia, como el fiscal interviniente en la causa penal, son concluyentes con respecto a que el impacto se produce cuando el tractor ya se encontraba a la altura de las barandas centrales, que el camión circulaba a 10 km/h y cruzó con luz verde, la Ambulancia circulaba a 60 km/h, y fue la actitud de su conductor la que ocasionó un mal mayor que el que pretendía resolver.

Agregan que no estaba autorizada a violar el semáforo en rojo.

En subsidio, cuestionan los gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, elementos ortopédicos, traslados y gastos futuros.

Dicen que la jueza justifica los montos asignados en el art. 1746 del CCyC, y éste no resulta aplicable en virtud de la fecha del accidente.

Critican también el daño moral, por entenderlo excesivo.

Destacan que la Sra. Rauch no ha acreditado debidamente haber padecido daño moral alguno.

En hojas 942 esas mismas partes apelaron por altas las regulaciones.

1.5.- En hojas 994/995, el Sr. Jorge Cipriano Valenzuela da contestación a los agravios de la citada en garantía.

1.6.- En hojas 996/1002, San Cristóbal SMSG y Jorge Cipriano Valenzuela, dan contestación a los agravios.

1.7.- En hojas 1003/1005 la actora contesta el traslado de los agravios de la citada en garantía.

1.8.- En hojas 1007/1009, la parte actora contesta el traslado de los agravios de San Cristóbal SMSG y el demandado Valenzuela.

2.- Considerando la multiplicidad de intervinientes y recursos deducidos, debo principiar el tratamiento por las críticas relativas a la atribución de responsabilidad.

En la sentencia, se decidió que *«el accidente ocurrió por la responsabilidad de ambos conductores, ya que ninguno de los dos involucrados evitó el impacto pudiendo hacerlo»* (hoja 929), y se distribuyó la responsabilidad en partes iguales.

Los agravios no se dirigen a la mecánica del accidente, es decir que la ambulancia cruzó el semáforo en rojo e impactó al camión, y que este último contaba con luz verde.

La discusión se ciñe a determinar cuál de los vehículos intervinientes tenía prioridad, y, en su caso, como debe distribuirse la responsabilidad.

Como ya he tenido oportunidad de decir, *«es conocido que las ambulancias poseen una prioridad de paso que hace ceder a las prioridades de paso establecidas legalmente en forma genérica (semáforo en verde, el que viene por la derecha, etc.).*

Sin embargo, tal regla general se encuentra condicionada en su aplicación:

a) Debe acreditarse la situación de emergencia: más que vehículos de emergencia, debe tratarse de vehículos "en emergencia", es esta circunstancia la que determina la inversión de la prioridad de paso o, en otros términos, el derecho prioritario de paso de estos vehículos.

b) Los conductores no adquieren por ello un bill de indemnidad, pudiendo arrollar todo a su paso; las exenciones y prioridad de paso conferidas por la normativa a los vehículos en emergencia, no otorgan a sus conductores una verdadera

inmunidad en cuanto al respeto de las normas que rigen la circulación vehicular. Las prerrogativas de las que gozan tienen como fundamento la necesidad de urgencia que poseen los servicios que ellas prestan, y determinan que sobre los choferes de ambulancia pese con mayor intensidad el deber de seguridad y prudencia, ya que, de no ser así, lejos de contribuir al servicio que brindan, serían causa de graves daños.

c) Deben denotar y avisar esta situación mediante la utilización de señales lumínicas y sonoras; si la ambulancia no circula señalando su paso con sirena y luces encendidas, carece de prioridad de paso y libertad de maniobra, en tanto no se adoptan los recaudos necesarios para que los demás conductores puedan conocer con suficiente antelación que se dispone a efectuar este tipo de maniobras.» ("VIGUERA JORGE CELEDONIO C/ PEDETTI BAPTISTA HECTOR Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" EXP N° 500065/2013).

2.2.- De los tres requisitos enumerados, no se encuentra en crisis el tercer punto, en tanto no se ha cuestionado la afirmación de que la ambulancia circulaba con las señales lumínicas y sonoras correspondientes.

Es en relación a los puntos a) y b), sobre los que corresponde expedirse, debiendo destacar que ambos presupuestos se encuentran íntimamente relacionados.

Conforme el art. 61 de la ley de Tránsito (N° 24.449) «Los vehículos de los servicios de emergencia pueden, excepcionalmente y en cumplimiento estricto de su misión específica, no respetar las normas referentes a la circulación, velocidad y estacionamiento, si ello les fuera absolutamente imprescindible en la ocasión que se trate siempre y cuando no ocasionen un mal mayor que aquel que intenten resolver.»

Es decir que, la gravedad de la emergencia (a), es la que determina la medida en que el conductor del vehículo puede incumplir las normas de tránsito (b).

Esta valoración debe realizarse teniendo en cuenta que el incumplimiento está autorizado en la medida que le «fuera absolutamente imprescindible».

En el caso de un semáforo en rojo, la dicotomía no debe plantearse sólo entre traspasar o no la intersección, sino que también deben tenerse en cuenta las precauciones que le son exigibles al hacerlo, a fines de, como dice la norma, no ocasionar un mal mayor.

2.3.- En el caso de autos, la Aseguradora de la ambulancia (El Comercio) afirma que la situación de emergencia consistía *«en la madre que circulaba a bordo de la ambulancia con su hijo menor, un bebe de 23 meses, quien había estado internado en el hospital de la ciudad de Zapala, para ser trasladado por la gravedad de su cuadro a la clínica San Lucas de esta ciudad de mayor complejidad.»* (Hoja 960 vta.).

Sin embargo, aunque no se encuentra discutida la necesidad del traslado, no se han aportado elementos de los que resulte que existió una urgencia que hiciera necesario traspasar los semáforos en rojo, o, de hacerlo, impidiera adoptar las precauciones tendientes a evitar el accidente.

El diagnóstico del menor (invaginación intestinal) resulta de los dichos de su madre, extraídos de las copias certificadas del expediente penal (hoja 81), sin que existan datos sobre la premura con que debía ser intervenido quirúrgicamente.

Como consecuencia de lo expuesto, no se ha acreditado la situación de emergencia que habilitara al conductor de la ambulancia a violar las normas de tránsito, correspondiendo confirmar su responsabilidad por el accidente ocurrido.

3.- Con respecto al porcentaje en que debe hacerlo, tal decisión, se haya vinculada a la valoración que se haga de la participación en el siniestro de Valenzuela Jorge Cipriano (Camión embestido).

La magistrada tuvo en consideración *«que Valenzuela, quien venía subiendo la ruta luego de que lo habilitara el semáforo y por lo tanto a escasa velocidad, atento la maniobra y la envergadura del rodado, al advertir la ambulancia con la sirena y balizas encendidas debió haber permitido el paso del vehículo de emergencia que circulaba sobre el carril izquierdo y no lo hizo, ya que ante un vehículo de emergencia con balizas y sirenas encendida, tiene el deber de ceder el paso dado que el análisis de la situación de emergencia que ocurra dentro del vehículo excede su posibilidad.»* (Hoja 929).

Funda la condena en el art. 39 inc. b) de la ley de Tránsito.

Entiendo que la conclusión a la que arriba no es correcta.

Es que, habiendo decidido que la ambulancia traspasó el semáforo en rojo, y que no acreditó una situación de emergencia para justificar tal proceder, no advierto que el conductor del camión haya desarrollado una conducta antijurídica.

Adviértase que contaba con prioridad de paso, en tanto inició el cruce a baja velocidad y con luz verde. Se le endilga responsabilidad por no darle paso a quien no lo tenía.

Como dijera al iniciar el presente desarrollo, los conductores de vehículos de emergencia no adquieren un "*bill de indemnidad*", pudiendo arrollar todo a su paso.

Bajo el razonamiento de la sentencia, el conductor de una ambulancia que injustificadamente viola las normas de tránsito y ocasiona un accidente, quedaría exento de un

porcentaje de la responsabilidad, por el solo hecho de encender las sirenas.

4.- Desde otra línea argumental, y aun soslayando la cuestión de la antijuridicidad, debe entenderse que, en relación al conductor del camión, se ha roto el nexo causal por el hecho de un tercero por quien no debe responder.

Reitero que fue el conductor de la ambulancia quien traspasó el semáforo en rojo, mientras el conductor del camión (con un acoplado) lo hizo con luz verde y a muy baja velocidad.

Conforme lo declara el único testigo presencial (hoja 126 expediente penal), *«Sentí las sirenas de una ambulancia que venía por la ruta, en el mismo sentido que yo circulaba, cuando veo que en el semáforo donde está Centro Automotores, es esa esquina, pero de la mano que yo venía, comienza a cruzar la ruta un camión Mercedes Benz no sabría decir el modelo, pero era con acoplado, y empezó a cruzar el camión, no sé si no escuchó la sirena o que, venía subiendo despacito cruzando y cuando la ambulancia se comienza a acercar pensé que iba a frenar, y si llegaba a pasar iba a pasar justo entre la trompa del camión y el guardarrail, la cosa es que el camión terminó de cruzar, quedó a la mitad la trompa del camión justo sobre el guardarrail y la ambulancia lo impacta en el medio, casi en la puerta del camionero, un toque más atrás con toda la trompa de la ambulancia.»* *«la ambulancia venía a 80 o 100 km/h aproximadamente y el camión venía más o menos a 15 km/h girando desde la colectora de calle Lastra hacia el norte...»*.

Si bien no existían elementos para calcular científicamente las velocidades, el perito en accidentológica estimó que el camión circulaba a 10 km/H y la ambulancia lo hacía a una velocidad estimada mayor de 60 km/h.

Considerando una velocidad de la ambulancia de 75 km/h, calcula que al iniciar el giro el camión, la ambulancia se encontraba a una distancia de 150 m.

No pretendo tomar como ciertas velocidades que, por no contarse con los elementos, no han podido ser calculadas mediante un procedimiento científico.

Sin embargo, por las dimensiones del camión (con un semirremolque), que se encontraba cargado (transportaba arena de fractura para un pozo petrolero -hoja 32 vta. expte. penal), la maniobra que realizaba, y la declaración del testigo presencial, es verosímil que circulaba a muy baja velocidad.

En este contexto fáctico, es el conductor de la ambulancia, que se acercaba a la intersección con condiciones buenas de visibilidad, y con un semáforo que le ordenaba detenerse, quien contaba con toda la información para evitar el siniestro.

No puede entenderse que la maniobra del camión era apta para sorprenderlo.

Debo resaltar que el mismo testigo, que se encontraba en una ubicación similar, advirtió el peligro en la maniobra, e incluso deja entrever que la ambulancia podría haber frenado.

Se ha expresado que *«para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente -en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente*

al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una conditio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o, al menos, no de esa manera» (Causalidad Virtual, Concausas, Resultados desproporcionados y daños en cascada - López Mesa, Marcelo- Publicado en: LA LEY 12/08/2013, LA LEY 2013-D , 1167).

En definitiva, la causa del siniestro es el proceder del conductor de la ambulancia, quien traspasó la intersección con luz roja, sin tomar los recaudos del caso.

5.- Con respecto a la supuesta negligencia en la que habría incurrido el conductor del camión, debo destacar que, conforme los desarrollos hasta aquí formulados, el Sr. Valenzuela se presenta también como una víctima en el siniestro.

Desde esta premisa, debe recordarse que la causa ajena, consistente en la "culpa de la víctima" en la terminológica del Código Civil, o "hecho del damnificado" en la nueva regulación, debe ser acreditada de manera tal de no dejar margen de duda.

Hemos sostenido: *«Es que dicho precepto, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida. Al accionado no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: de ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente.*

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, Brian de Chistriansen, Silvia c/Gozzi, Hernando" LLBA 2000-850)» ("CIFUENTES C/ GOLDENBERG S/D.Y P.", EXP N° 473968/2013, entre otros).» ("ROJAS HERMOSILLA C/ ALBUS SRL S/D .Y P.", JNQCI3 EXP 349957/2007).

En nuestro caso, entiendo que no se ha acreditado la negligencia del Sr. Valenzuela quien tenía derecho de paso en la intersección.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, corresponde atribuir en un 100% a Elvio Ariel Rosa, conductor de la ambulancia, la responsabilidad por el siniestro.

Derivado de ello, se rechaza el primer agravio deducido por el Dr. Tomas Campenni por El Comercio (aseguradora de la ambulancia-hoja 960).

Se hace lugar al primer agravio vertido por Valenzuela Jorge Cipriano en su carácter de actor en el Expediente acumulado N° 501105/14 (hoja 970- Dr. Fernández).

Asimismo, se hace lugar al primer agravio deducido por el Dr. Alejandro Diez por la participación que le corresponde en estos autos por Jorge Cipriano Valenzuela y la citada en garantía. Los restantes agravios introducidos por esta parte resultan abstractos.

6.- Despejado el punto anterior, corresponde analizar ahora los cuestionamientos relativos a la incapacidad determinada y rubros reconocidos.

En esta dirección, no puedo dejar de recordar que el principio general que rige en materia de valoración de dictámenes periciales, es que no constituyen prueba legal.

Este principio es trascendente en tanto implica que el juez no está sometido a sus conclusiones, sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, puede dictar sentencia en contra de lo que se dispone en las pericias.

Esto es de fácil comprensión, en tanto resultaría absurdo que el Juez se viera obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera -así proviniera de dos o más peritos en perfecto acuerdo- sí, pese a ello, le pareciera absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a hechos notorios. "Esa sujeción servil haría del juez un autómatas, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa, lo cual es inaceptable" (cfr. Koch, Eduardo Alfredo; Rodríguez Saumell, Mariana, "Informe Pericial (su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y Deberes del Juez)", La Ley 1990-a-881, con cita de Devis Echandía, Hernando, "Teoría de la Prueba judicial", T.II, pág. 334)

También resulta claro que la posibilidad de disentir no es absoluta: rige aquí la idea de la "sana crítica".

Como sostiene Ammirato: "si bien la ley no ha definido a las aludidas reglas de la sana crítica, suponen la existencia de ciertos principios generales que han de guiar en cada caso la apreciación de la prueba en tanto operación de la inteligencia, y que excluyen, en consecuencia, la discrecionalidad absoluta del juez. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y de las reglas del correcto entendimiento humano, y por otro de las llamadas máximas de experiencia, esto es, los principios extraídos de la observación corriente del comportamiento del hombre." (cfr.

Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial", LA LEY 1998-F, 274).

Corolario de lo expuesto es que para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que obren en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En esta valoración, no puede perderse de vista que la prueba pericial, como actividad destinada a aportar conocimientos científicos al sentenciante, contribuye a formar en éste una opinión fundada, respecto de los puntos que fueron sometidos a su dictamen.

Es por tal motivo que la peritación sólo puede ser producto de operaciones idóneas que permitan percibir y verificar correctamente las relaciones causa-efecto, interpretarlas y apreciarlas en su particularidad; debe proporcionar argumentos y razones para la formación del convencimiento respecto de cuestiones cuya perfección o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas (cfr. José V. Acosta, La prueba civil, To. II, pág. 253 y RI 6408/08 TSJ)» (de mi voto en autos: "TOLEDANO GLADYS RAQUEL CONTRA PREVENCIÓN ART S.A. SOBRE RECURSO ART. 46 LEY 24557", EXP N° 413196/2010).

6.2.- En esta línea, se entronca el segundo agravio de la Citada en Garantía, El Comercio (hoja 961).

Cuestiona el 5.16% de incapacidad reconocido por la cicatriz que la coactora Rauch posee en el antebrazo.

Dice que no se ha probado de manera directa y concreta su incidencia en la vida de relación presente y futura de la afectada.

Como reiteradamente hemos sostenido, cuando la cicatrices se limitan a una cuestión estética, sin limitación funcional, el daño resarcible debe ubicarse dentro de la esfera extrapatrimonial.

El perito, en su dictamen, informa que del examen físico de la Sra. Rauch resulta que *«Presenta además un cayo hipertrófico y con desviación del eje en el radio y una cicatriz de 7 cm en cara palmar de antebrazo umbilicada, estas dos entidades inciden también en la limitación en la pronosupinación y falta de fuerza.»* (hoja 714).

Luego, al contestar el punto 17 propuesto por la actora, señala que *«La cicatriz podría constituir daño estético por su umbilicación, pero la misma contribuye a la limitación funcional»* (hoja 715 vta.).

Cuestionado sobre este punto, en hojas 737 vta. reitera esta apreciación.

Es decir que el auxiliar no asignó un porcentaje de incapacidad por una afectación estética, sino que ha considerado su incidencia limitante desde un punto de vista funcional.

En este marco, teniendo en cuenta que, con su crítica, el apelante se limita a opinar en contrario del auxiliar, sin dar los fundamentos que pongan en crisis las conclusiones de aquél, ni habiendo aportado otros elementos probatorios que pongan en evidencia el error del dictamen, entiendo que este agravio también debe ser rechazado.

7.- Corresponde tratar ahora los de la parte actora en estos autos.

La primera crítica se dirige al porcentaje de incapacidad física reconocido a la Sra. Araya, en tanto la

sentenciante excluyó el 14% de incapacidad correspondiente a la limitación funcional de la columna.

AL respecto, debo señalar que en hojas 732, la citada en garantía (El Comercio) impugnó el dictamen en punto a la incapacidad del 14% determinada por el perito.

Señaló: «2) el técnico refiere en relación al examen de columna cervical limitación funcional y contractura muscular, pero omite aclarar de qué manera pudo objetivar esta manifestación.

3) En el examen no se describe la existencia de rectificación del eje columnario que justifique esa contractura muscular ni un estado funcional incapacitante...»

«Por otro lado, de presentar la actora contractura muscular actual no es atribuible a un hecho ocurrido hace varios años (año 2011) pues de ser así la contractura habría dejado de ser tal para transformarse en fibrosis...»

«5) El perito omite realizar estudios complementarios a efectos de la adecuada objetivación del estado anatómofuncional.

6) El profesional no justifica de qué manera objetiva la incapacidad que dice que padece la actora del 14% ni justifica la limitación funcional de la columna, además no hay un nexo causal que relacione esta limitación con el accidente motivo de autos.»

Ante estos requerimientos, el auxiliar en hojas 737 indicó «2), 3), 4), 5 No leyó la pericia ya que se consignó: "El examen de su raquis vertebral cervical presenta limitación funcional y contractura dolorosa de la masa muscular paravertebral. Extensión 20°, Rotación der. 10°, izq. 10°, Inclinación der. 10°, izq. 10°, flexión 10°" (textual).

6) El nexo causal está certificado en las historias clínicas, el porcentaje de incapacidad está en el baremo.».

7.2.- Valorando el informe pericial conforme las premisas ya reseñadas, advierto que no existen elementos para apartarse de las apreciaciones formuladas por el auxiliar en torno a las limitaciones de la peritada.

Sin perjuicio de ello, y en relación al nexo de causalidad entre la limitación de la columna y el accidente, asiste razón a la sentenciante con respecto a la falta de acreditación de este vínculo.

Como es sabido, la carga de la prueba del daño, y su relación de causalidad con el accidente, pesa sobre la actora.

El apelante asienta su crítica en la sola afirmación del perito, destacando que *«...la limitación funcional experimentada por Araya en su columna a raíz del accidente de tránsito narrado, cuyo nexo causal y fundamentos desde el punto de vista de la medicina legal, se encuentra probado, acreditado y ratificado por el perito médico especialista.»* (Hoja 963 vta.).

«En definitiva, puede observarse aquí que la Juez se ha apartado de las conclusiones del peritaje médico debidamente fundado en sentido técnico...» (hoja 963 vta.).

Sin embargo, pierde de vista que el perito no ha dado ningún fundamento técnico para establecer esta relación de causalidad.

Se ha limitado a afirmar que el nexo resultaría de la historia clínica, pero de las constancias del expediente no resulta esta circunstancia.

En hojas 515/517, donde se da cuenta de la intervención inicial del Hospital Bouquet Roldan, sólo se menciona dolor cervical y lumbar, pero no se menciona ningún tratamiento específico al respecto.

Derivada al Policlínico Neuquén (hojas 483/485), su intervención no da cuenta de afectaciones en la columna de la Sra. Araya.

Sobre la base de estos elementos, la afirmación del perito sobre que *«El nexó causal está certificado en las historias clínicas...»*, no resulta probada, y por lo tanto corresponde rechazar el agravio.

8.- La segunda crítica de las coactoras, se dirige a los montos que les fueron reconocidos en concepto de daño moral y psicológico.

La Magistrada ha analizado las consecuencias del daño psicológico dentro del ámbito del daño extrapatrimonial, teniendo en cuenta a tal fin los dictámenes periciales. Dicho procedimiento no es cuestionado.

Al respecto, esta Sala ha sostenido: *"[...] El daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aún en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial, en comparación con el estado precedente al hecho"*.

"...Devienen incoherentes los esfuerzos para construir una noción "diversa" de daño según que sea patrimonial o, en cambio, concerniente a repercusiones existenciales (individuales o colectivas) contra las personas, porque inevitablemente también versarán siempre sobre secuelas nocivas o empeoramientos respecto de una situación previa".

"Además de la desarmonía entre la simultánea instrumentación entre daños-lesiones y daños-consecuencias, se generan serios peligros de duplicaciones indemnizatorias e, incluso, de una reiteración indefinida de rubros por la misma situación nociva".

"...Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión -en el caso, detrimento estético y psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o

morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla" (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)"(cfr. "MONSALVEZ", EXP N° 395793/9, "PARRA", EXP N° 411950/10, "JARA" EXP N° 321577/5, "CASTILLO", EXP N° 390037/2009, entre otros).

8.2.- Con respecto a la valoración del daño extrapatrimonial (daño moral), se ha expresado que el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del

período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. Pág. 466).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: "Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)". OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUEN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIIO-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos, las sumas fijadas por este concepto resultan adecuadas a los padecimientos sufridos, habiéndose apreciado correctamente la diferencia existente entre la situación de la Sra. Rauch, con respecto a la Sra. Araya, en función de la distinta gravedad de las lesiones y su incapacidad resultante, la cuestión estética que implica la afectación en el brazo de la Sr. Rauch, y la connotación que tuvo para esta última la circunstancia de que quien era trasladado en el vehículo, en oportunidad del accidente, era su hijo.

8.3.- Con respecto a los informes de la perito psicóloga, entiendo que no puede acordársele el carácter determinante con que los valora la parte.

Adviértase que no contiene una explicación suficiente de la relación entre las pruebas técnicas realizadas con el accidente de autos ni sus consecuencias médicas, y de los principios científicos en que se funda.

No basta que el perito adquiriera convicción sobre lo que es materia de su dictamen; debe, por el contrario, suministrar los antecedentes y explicaciones que lo justifiquen.

Y aquí, en la justificación, es donde el dictamen se presenta endeble, en tanto las razones desarrolladas en el informe, no encuentran sustento en elementos probatorios, más allá de los dichos de las peritadas.

Analizando los dictámenes, la única vinculación que existe entre las apreciaciones consignadas bajo el epígrafe "Resultados de la evaluación psicológica" y el accidente, son los "hechos" relatados por las mismas actoras.

Apoyándose la pericia solo en el relato de las actoras, y test completados por ellas mismas, su motivación resulta esencial.

Aclaro, que no pretendo realizar un examen psicológico, para el que carezco de los conocimientos correspondientes. Lo que se encuentra en juego es la valoración de la pericia como elemento probatorio.

Podría afirmarse que, en el marco de este tipo de pericias, cualquier prueba dependerá de las respuestas voluntarias del sujeto evaluado, no obstante, lo aquí discutido no son las técnicas utilizadas para determinar la incapacidad, sino bajo qué condiciones la pericia, y los restantes medios probatorios, resultan suficientes a fines de acreditar la incapacidad psicológica.

Se ha expresado que «Para la valoración del daño psíquico debe el perito cumplir una serie de pasos: a) Examen clínico: pieza clave que dará un correcto diagnóstico clínico

de la enfermedad mental de la víctima. b) Vinculación psicopatológica: por intermedio de la cual relaciona el daño psíquico con el proceso y lo separa de sus antecedentes. Su objetivo es encontrar el mecanismo fisiopatológico del proceso psíquico. c) Hecho dañoso: para que el daño sea resarcible debe existir un "nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la enfermedad mental. d) Evaluación del daño: se debe practicar un exhaustivo análisis de las aptitudes psíquicas de conocer, entender, comprender y actuar psíquicamente en lo volitivo y afectivo; se estudian las funciones psíquicas y se evaluarán minusvalías, discapacidades o incapacidades de acuerdo con el daño sufrido o con las preexistencias halladas. e) Temporalidad: como en toda peritación se debe considerar si la lesión psiquiátrica es una secuela definitiva y sujeta a resarcimiento patrimonial o, en cambio, se trata de una patología transitoria sujeta a tratamiento y rehabilitación, con otro tipo de resarcimiento económico.

La tarea fundamental y de mayor complejidad para el perito es, sin lugar a dudas, valorar la historia psíquica de la víctima separando sus antecedentes psíquicos de los síntomas actuales. Entonces, el perito se pregunta cómo vivía la víctima con sus trastornos psicológicos previos al hecho dañoso, como este cambio modificó su vida e investigará la existencia del nexo necesario para considerarlo concausa del daño psíquico.» (Alfredo Achával- Psiquiatría médico legal y forense -Tomo I- pág. 70).

Estos parámetros no se han cumplido.

En el caso de la Sra. Araya, incluso se reconoce que la afectación emocional se relaciona con problemas familiares que sufría en el momento de los hechos. (Hoja 636 vta.).

Por lo expuesto, este agravio también debe ser rechazado.

9.- Con respecto a la fórmula de cálculo utilizada para determinar la indemnización por incapacidad física, como reiteradamente he sostenido, «...el alcance del resarcimiento, la determinación del "cuánto" apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente -de asistirle el derecho- es muy injusto. "Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso... En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista ... Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "... la reposición de las cosas a su estado anterior..." (Art. 1083 del Código Civil)..." (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el

control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: "la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial ("Villalba Miguel Ramón C/Cadesa S.a. S/ Accidente Acción Civil" P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "...para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte N° 343.739/06; 328949/5, entre otros).

A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y, por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Voutto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual- se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso -o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período) no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo

implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones:

* En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

* En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag.

Votantes: De Carli-Font; LD, íd., n° 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10).

* En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época del suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.» (cfr. "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE" EXP N° 501889/2014, entre muchos otros).

Teniendo en cuenta las pautas antedichas, la edad de las víctima, los salarios determinados en sentencia (que no han sido objeto de cuestionamiento), y los respectivos grados de incapacidad dictaminados y aquí confirmados, entiendo que corresponde hacer lugar al agravio vertido, elevando la indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente a la suma de **\$1.317.207** para **Alejandra Elizabeth Rauch**, y a **\$ 103.602** para **Alicia Elizabeth Araya**.

10.- A esta altura, resta abordar los agravios del Sr. Valenzuela, en relación a la determinación del daño moral y daño emergente (privación de uso), reclamados en el expediente acumulado, así como a la imposición en costas.

Con relación a la privación de uso, he tenido oportunidad de decir que «la queja del apelante en orden a la solicitud de dos rubros distintos, uno vinculado a la privación de uso y otro al lucro cesante, es acertada y entiendo debe ser admitida.

Cabe recordar que la privación de uso del vehículo (en general) pudo ser el origen de diferentes consecuencias resarcibles: daño emergente (gastos de movilidad), lucro cesante (pérdida de ganancias por frustración temporal de una

actividad productiva que se desarrollaba con el automotor) y, en casos especiales, daño moral.

La no disponibilidad del automotor no es una categoría distinta o autónoma de alguna de las anteriores, sino el soporte o supuesto de hecho que las genera (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, t.1, ed. Hammurabi, p. 121).» (MARTINEZ JULIAN ALEJANDRO C/CANCIO FACUNDO FABIAN S/D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION) JNQC12 EXP 469729/2012 - 26 de Octubre del año 2017).

Sin embargo, en el supuesto del fallo transcripto, se trataba de un Remisse, que si bien estaba afectado a una actividad comercial, también era usado para cuestiones personales.

En nuestro caso, en cambio, el Sr. Valenzuela justifica la reparación de la privación de uso «como camionero que transporta cargas a distintos puntos del país entiendo que dicho daño debe estimarse en la suma de pesos dieciocho mil (\$ 18.000), en razón de los veinte (20) días hábiles que demandó la reparación del camión, y tomando como base el promedio de facturación mensual» (hoja 54 vta.).

Bajo esos términos, es fácil advertir que lo reclamado no es la privación de uso, sino el lucro cesante, que fue reconocido en sentencia.

En consecuencia, corresponde rechazar el agravio formulado a este respecto.

11.- En punto al daño moral, efectivamente la Magistrada omitió su tratamiento, sin que se adviertan razones para negar tal reparación.

Conforme los lineamientos que ya fueron mencionados en orden a su valoración, considerando los sufrimientos y molestias padecidos por el Sr. Valenzuela con motivo del accidente, que no sufrió lesiones físicas, y de acuerdo a los parámetros utilizados por esta Sala en situaciones similares,

estimo prudente fijar esta indemnización en la suma de \$ **3.000.**

12.- En cuanto a las costas de la primera instancia, por ambos expedientes, en virtud de lo decidido precedentemente, corresponde imponerlas íntegramente a Elvio Ariel Rosa, Instituto de Seguridad Social del Neuquén, y la citada en garantía El Comercio (Royal & Sun Alliance S.A), (Conf. Art. 68 CPCyC).

13.- Finalmente, en cuanto a los honorarios de los peritos intervinientes, esta Sala se ha pronunciado sosteniendo que su retribución debe ser fijada valorando no solamente el monto del pleito sino también la calidad, extensión y complejidad de la labor desempeñada por dichos profesionales (Conf. JNQC14 EXP N° 502448/2014).

Asimismo, hemos dicho que los honorarios de los expertos deben guardar proporción respecto de los fijados a los restantes profesionales y para ello debe tenerse en cuenta la misma base computable considerada por el tribunal en la regulación (JNQC14 EXP N° 502448/2014).

Señalado lo precedente y efectuados los cálculos de rigor de conformidad con las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se concluye que deben confirmarse los honorarios regulados a los auxiliares.

14.- En resumidas cuentas, propongo al acuerdo: rechazar íntegramente el recurso deducido por Royal & Sun Alliance S.A. (El Comercio, hoja 960).

Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por las actoras Rauch y Araya (hoja 962), elevando la indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente a la suma de \$1.317.207 para Alejandra Elizabeth Rauch, y a \$ 103.602 para Alicia Elizabeth Araya.

Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por Jorge Cipriano Valenzuela (hoja 970), en su condición de actor

en el expediente acumulado (N° 501105/14), atribuyendo responsabilidad exclusiva en el accidente a Elvio Ariel Rosa, conductor de la ambulancia.

Fijar el daño moral reclamado por esa parte en la suma de \$ 3.000.

Las costas de primera instancia serán impuestas íntegramente a Elvio Ariel Rosa, Instituto de Seguridad Social del Neuquén y a la citada en garantía Royal & Sun Alliance S.A. (El Comercio), (conf. art. 68 CPCyC).

Hacer lugar al primer agravio deducido por San Cristóbal SMSG y Jorge Cipriano Valenzuela, en su condición de demandados en este expediente, eximiéndolos de responsabilidad por el accidente. En virtud de ello, los restantes agravios resultan abstractos.

Las costas de esta instancia se impondrán de la siguiente manera: Las generadas por el recurso de las actoras Araya y Rauch, en atención al resultado obtenido, se impondrán por su orden, y las restantes, íntegramente a los condenados (conf. Arts. 68 y 71 CPCyC). **MI VOTO**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Disiento con mi colega preopinante exclusivamente en punto a la cuantificación del daño moral de la Sra. Alejandra Elizabeth Rauch.

Al respecto se ha sostenido que: *"De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y*

ánimicamente perjudicial", (Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R.J., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T. IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires 2015).

En el caso de autos, debe valorarse que la Sra. Alejandra Elizabeth Rauch al momento del accidente iba en la ambulancia como madre del menor G., quien atravesaba un cuadro clínico que requirió su derivación a la Ciudad de Neuquén (fs. 925). A partir del hecho, la Sra. Rauch se vio imposibilitada de continuar acompañando a su hijo en tanto debió ser internada en el Policlínico Neuquén dos días y realizarse múltiples estudios como laboratorio, Rx de torax, cadera y pelvis. También TAC de cráneo (fs. 486). Asimismo, cabe señalar que sufrió fractura de cúbito y radio lo que le provocó *"dolor en foco de fractura, edema, y tumefacción de antebrazo izquierdo"* y como consecuencia de dicha fractura fue inmovilizado su brazo con una valva larga de yeso, (fs. 487). El alta le fue otorgada con prescripción de control y planificación quirúrgica en forma ambulatoria (fs. 486vta.). También, surge del protocolo quirúrgico de fecha 05 de enero de 2012 que se le colocó *"placa bloqueada de 3,5 mm con sus respectivos tornillos"* (fs. 491) y que debió permanecer internada hasta el día 06 de enero de 2012, fecha en la que obtuvo el alta con prescripción de medicación vía oral y control por consultorio externo de traumatología en 48 hs. Posteriormente, el 24 de febrero de 2012, atento que presentaba una cicatriz en el antebrazo con un granuloma de un centímetro fue intervenida nuevamente para resección del mismo (fs. 495vta.). Surge de la evaluación pre anestésica que sufría *"dolor en la región del antebrazo"*. (fs. 496). Después, en fecha 29 de marzo de 2012 fue intervenida a los fines de la extracción del material de osteosíntesis y resección de granuloma de antebrazo izquierdo (fs. 497). Cabe señalar

también que durante el mes de marzo de 2012 debió realizar tratamiento de rehabilitación, (fs. 503).

Por otro lado, el testigo Eduardo José Balestrino dijo que ella como todo médico que trabaja en la dependencia en salud pública tenemos asignados actividades de guardias activas y pasivas, que incluyen la necesidad de subirse a la ambulancia. Agregó, que luego del accidente *"ella no se sentía en condiciones de realizar ese tipo de modalidad de guardia, de manera pasiva, ya que ello implicaba subirse a la ambulancia, los malos recuerdos, el miedo"*. También dijo que *"El accidente le incidió emocionalmente a la actora. Sé que ella se ha sentido mal a raíz de que no puede desempeñar de manera adecuada su actividad laboral, que eso la ha puesto mal. No puede realizar de manera óptima la profesión que ella ha elegido"*. Sostiene que la actora le ha dicho *"lo dificultoso que es para ella subirse a una ambulancia porque siente que cada vez que se sube se marea y todo el recuerdo que le ocasiona tener que volver a subirse a una ambulancia. Tengo entendido que no ha vuelto a subirse a una ambulancia después del hecho"*.

Ello resulta coincidente con lo expuesto por la perito psicóloga a fs. 680 quien dijo: *"Presenta un trastorno de angustia con agorafobia, lo cual explica los indicadores inhibitorios observados. Es decir que presenta dificultados para realizar diferentes recorridos y actividades, los cuales debe hacer por su trabajo"* (fs. 680).

Asimismo, surge de la pericia médica que presenta *"una cicatriz de 7 cm. en cara palmar de antebrazo umbilicada"*, (fs. 714). Al respecto el testigo Balestrino dijo *"Llama la atención la cicatriz antiestética que tiene"*. La testigo María Celia García dijo: *"tiene una cicatriz muy marcada en su brazo"* y además *"doy fe que le duele, que no*

puede mover bien el brazo". "Me parece que necesita una cirugía estética".

A partir de lo expuesto considero que corresponde hacer lugar al agravio de la actora Alejandra Elizabeth Rauch y justipreciar este rubro en la suma de \$263.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. **Jorge PASCUARELLI** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, **POR MAYORIA** esta **Sala I**
RESUELVE:

1. Rechazar íntegramente el recurso deducido por Royal & Sun Alliance S.A. (El Comercio, hoja 960).

2. Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por las actoras Rauch y Araya (hoja 962), elevando la indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente a la suma de \$1.317.207 para Alejandra Elizabeth Rauch y a \$ 103.602 para Alicia Elizabeth Araya, así como el rubro daño moral a la suma de \$263.000 para la primera.

3. Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por Jorge Cipriano Valenzuela (hoja 970), en su condición de actor en el expediente acumulado (N° 501105/14), atribuyendo responsabilidad exclusiva en el accidente a Elvio Ariel Rosa, conductor de la ambulancia, y fijar el daño moral reclamado por esa parte en la suma de \$ 3.000.

4. Hacer lugar al primer agravio deducido por San Cristóbal SMSG y Jorge Cipriano Valenzuela, en su condición de demandados en este expediente, eximiéndolos de responsabilidad

por el accidente y declarar abstracto el tratamiento de los restantes agravios.

5. Rechazar el recurso arancelario deducido.

6. Las costas de primera instancia serán impuestas íntegramente a Elvio Ariel Rosa, Instituto de Seguridad Social del Neuquén y a la citada en garantía Royal & Sun Alliance S.A. (El Comercio), (conf. art. 68 CPCyC).

7. Las costas de esta instancia generadas por el recurso de las actoras Rauch y Araya, se impondrán por su orden en atención al resultado obtenido. Las restantes, íntegramente a los condenados (conf. arts. 68 y 71 CPCyC).

8. Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado a los letrados intervinientes y readecuar los mismos en los siguientes porcentajes: Por la tarea desarrollada en el expediente N° 475319/2013, para el Dr. ... , en su carácter de apoderado de las actoras en un 5,6%, para los Dres. ..., patrocinantes de la misma parte, en el 14%; para el Dr. ..., en doble carácter por San Cristóbal SMSG y Jorge Cipriano Valenzuela, en el 19,6%; para los Dres. ..., por su actuación en doble carácter por la citada Royal & Sun Alliance y en carácter de patrocinante del demandado Elvio Ariel Rosa desde fs. 671, en el 13,72%. Mantener los honorarios fijados a favor de la Dra. ... , por la presentación de fs. 660/661 y del Dr. ..., por su actuación en las audiencias testimoniales. Sin regulación de honorarios para los letrados de la parte demandada ISSN. Por la tarea desarrollada en el expediente N° 501105/2016, para el Dr. ..., en doble carácter por Jorge Cipriano Valenzuela, en el 14,4%, y para la Dra. ..., patrocinante de la misma parte, en el 8%; para el Dr. ... , en el doble carácter por la citada en garantía, en un 15,68%. Sin regulación de honorarios para los letrados de la parte demandada ISSN (art. 279 del CPCC y arts. 2, 6, 7, 10, 12, 20, 39 y cc. de la ley 1594).

9. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

10. Regístrese, notifíquese electrónicamente, agréguese copia de la presente en los autos acumulados "VALENZUELA JORGE CIPRIANO C/ROSA ELVIO ARIEL Y OTROS S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI2 EXP 501105/2014) y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando GHISINI
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA