



NEUQUEN, 30 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE**", (JNQC12 EXP N° 476036/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Mediante la sentencia de fs. 810/815 se hace lugar a la demanda, condenando a los demandados y a la aseguradora citada en garantía a abonar al actor la suma de \$88.167,00 con intereses y costas.

Tanto la parte actora como los demandados y su aseguradora, apelan tal decisión.

Fundan sus recursos a fs. 812/852 y fs. 855/861 respectivamente, cuyos traslados son respondidos a fs. 863/870 y fs. 871/873 vta., también respectivamente.

1. Agravios de la parte actora.

En primer lugar, se queja del monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente, por no considerarse el porcentaje de incapacidad psiquiátrica generadora por sí misma de la incapacidad laboral y por el salario mínimo vital y móvil tomado para el cálculo, el que debe ser el vigente a la fecha de la sentencia.

En segundo, por el monto otorgado por daño moral en función de los padecimientos físicos, psíquicos, molestias, inquietudes, inmovilidad, cambio de hábitos y dependencia de terceros probados en la causa.



En tercero, por el rechazo del rubro gastos materiales, de farmacia, asistencia, etc., los cuales, se encuentran probados (fs. 553, 554, 555, 556) y no fueron reconocidos en su totalidad pese a no encontrarse desconocidos por la contraria.

Y, finalmente, por el rechazo del lucro cesante, dado que quedó probada la indisponibilidad del rodado hasta el mes de mayo de 2005, y la consecuente pérdida de ingresos por los trabajos que dejó de realizar, conforme surge del informe médico agregado a la causa penal.

2. Agravios de los demandados y su aseguradora.

En primer lugar, se queja de la total responsabilidad respecto del accidente, descartándose la culpa de la víctima invocada. Dice que de la pericia accidentológica y del testimonio del Sr. Reyes surge que el actor circulaba a alta velocidad, violando la permitida para la zona -urbana- en que se produjo el accidente como la cartelería existente.

Sigue diciendo que la causa penal fue descartada por la ausencia de elementos probatorios, no mereciendo reproche alguno, lo cual debe tenerse presente en punto a la prejudicialidad penal.

En segundo, por la determinación de la incapacidad sobreviniente fijada al actor, quien fue peritado más de 4 años después del hecho, resultando arbitrario vincular la tendinitis del hombro izquierdo y la consecuente limitación funcional es ese hombre con el accidente, como así también, en la rodilla.

Asimismo, por no descontarse del sueldo utilizado para el cálculo indemnizatorio el porcentaje correspondiente al consumo propio del accionante, los beneficios provisionales, ni aquellos que representan la percepción



anticipada y acumulado de los ingresos netos que habría percibido en el futuro.

En tercero, por el monto fijado en concepto de daño moral por no condecir con las constancias objetivas de la causa y por la insuficiencia de los argumentos utilizados, agregando que la aquo, escudándose en el art. 165 del Ritual, fija un valor exorbitante y discrecional.

En cuarto, por el monto asignado por daño psicológico o tratamiento psicológico, asignándose 2 valores por secuelas que lucen emanadas de la misma causa, solicitando su rechazo o reducción.

En quinto, por el monto de las reparaciones, expresando que su parte desconoció los presupuestos acompañados con la demanda, a más de que no se ofreció pericial mecánica alguna a efectos de acreditarlos.

Finalmente, se queja por los intereses fijados por tratamientos médicos futuros, señalando que esta Cámara tiene dicho que en caso de admitirse, se computan desde la sentencia y no desde la fecha del hecho.

II.- Resumidos los agravios, comenzaremos -por una cuestión metodológica- por el análisis de la queja de la **responsabilidad civil** que incorporan los demandados.

Así, la crítica apunta a cuestionar la valoración del material probatorio por parte de la quo y, por ende, su conclusión respecto de la configuración de culpa de la víctima que exime totalmente de responsabilidad al demandado, poniendo el acento en la presunta velocidad excesiva con la que circulaba el accionante.

El accidente que involucró a las partes sucedió en oportunidad en que el actor circulaba por la Ruta n° 22, siendo embestido por el vehículo conducido por el demandado,



quién circulaba por la ruta referida y al invadir su carril, en contramano. Las partes son contestes en estos extremos.

Del análisis de las pruebas aportadas, de la pericial en accidentología desarrollada en sede penal, surge que el camión del actor consumió una velocidad técnica mínima de 62,33 km/h (fs. 658 y vta.) y que el furgón actuó como vehículo embistente del camión en primera instancia y luego del acoplado.

Por otra parte y de las declaraciones testimoniales aportadas, los Sres. Ceferino y Reyes (fs. 469/vta. y fs. 470/vta. respectivamente) no refieren acerca de la presunta ligereza en la circulación del accionante; no obstante ambos afirman que el furgón del demandado embistió al camión del actor sobre el carril que venía éste último.

Si bien la probable velocidad desarrollada por el actor se encuentra por arriba de la reglamentaria para la circulación en rutas que atraviesan zonas urbanas y de 60km/h (art. 51, Ley 24.449), no puedo concluir en que haya actuado en forma imprudente o negligente y que configure culpa de la víctima, teniendo en cuenta además que se hizo a un lado para evitar la colisión contra el furgón que transitaba por su mano.

Por el contrario, tal calificación debe ser atribuida a la conducta del demandado, quien no solo no ha logrado acreditar que la circunstancia que alega -velocidad del actor- fuera la productora del siniestro, sino que con su accionar imprudente provocó el accidente con un final fatal.

En lo relativo a la causa penal, la a quo ha entendido que no existe, en autos, prejudicialidad de la sentencia penal respecto de la civil, toda vez que la primera no determina ni la condena ni la absolución del imputado.



Es por ello que encuentra legalmente habilitada para analizar todo el material probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como lo hizo, no advirtiéndose el agravio en este sentido.

Por lo hasta aquí expuesto, se ha de confirmar la responsabilidad atribuida en la primera instancia al demandado en lo concerniente al accidente de tránsito que motivó este trámite.

III.- Sentado ello, pasará ahora al análisis de los rubros que ambas partes cuestionan en lo relativo a su reconocimiento (o falta) y tasación.

1. Incapacidad Sobrevenida.

Tiene dicho la jurisprudencia que *"la indemnización por incapacidad sobrevenida resarce no solamente la incapacidad física sino la merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros y cualquier disminución mensurable económicamente que experimente el dañado con las consecuencias negativas que se generen en su patrimonio"* (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala J, 17/8/2010, *"Avellaneda c/ La Central de Vicente López S.A."*, LL on line, AR/JUR/45006/2010), y que *"el concepto de incapacidad sobrevenida comprende toda disminución física o psíquica que afecta tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad"* (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala E, 17/8/2010, *"Sepich c/ N.S.B. S.A."*, LL on line AR/JUR/61589/2010). (En autos *"Barros c/ Tripailao"*, expte. n° 368.042/2008, P.S. 2013-III, n° 100)

En cuanto a su cálculo, esta Sala ha variado su postura, adoptando el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.



Así, hemos dicho a partir de la causa **PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL**" (EXPTE. 453788/11):

En ese aspecto parto de señalar que comparto que:
"... parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente **lo expresa** con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es **cuando resiste un proceso argumentativo abierto**. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. **No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo** alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en **facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas**. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A, 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables



se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.

De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepten la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de receptar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener en cuenta para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.



Así, sostienen los autores antes citados: "... aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean. Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar –tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables– es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"... Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida. Asimismo que



está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión. Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales. En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba..."

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC,



conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona. El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San



Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)." ("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12).

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho y que la contraria ha desconocido por imperativo procesal la documental acompañada en la demandada en relación al rubro, a más del desistimiento de la prueba de fs. 473, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces.

La actualización que sobre este último valor cuestiona el actor está contemplada en la medida de los intereses fijados por la a quo en su decisión, y que no aparecen cuestionados.

En cuanto al porcentaje de incapacidad, y la queja del actor en que no se tomó en cuenta la pericial psiquiátrica a tal fin, deberá tener presente que es criterio de ésta Cámara que el daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral.

Si bien, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa, cuando ello no ocurra, se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral.

Por lo cual, resulta ajustado tomar el informado por el perito médico del 37,50%.

En cuanto a la queja de la parte demandada de la omisión en el descuento del sueldo utilizado para el cálculo indemnizatorio del porcentaje correspondiente al consumo propio del accidente, resulta un agravio puramente dogmático, que no podrá ser considerado en atención a la generalidad con la que fue planteado.



Sobre esta base, y aplicando un promedio entre las fórmulas Vuotto y Méndez, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de \$ 39.800,00.

2. Daño moral.

En cuanto a este rubro, hemos señalado que para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedita a la mera prudencia.

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que *"la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual"* (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, *"Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, 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)"*.

Es así que teniendo en cuenta las características del accidente, las consecuencias de las lesiones físicas y el



tiempo que demandó su curación, como así también que tuvo que ser operado, considero que la suma determinada por la a quo resulta ajustada a los padecimientos espirituales que se le han provocado al actor.

3. Gastos materiales, de farmacia, asistencia y gastos varios de fs. 151.

Esta Sala tiene dicho que tales gastos no requieren prueba directa de su existencia y que aun cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema público de salud no cubre, en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos "Arriagada c/ Ramírez", expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros).

En esa senda, teniendo en cuenta las lesiones sufridas de acuerdo a lo relatado y lo verificado conforme las constancias de la causa, fijo prudencialmente la reparación por los gastos de farmacia en la suma de **\$ 1.500,00.**

4. Lucro cesante. Privación de uso.

La reparación integral que persigue al invocar este rubro comprende tanto la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, como los beneficios económicos esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención.

Como bien lo indica la sentenciante, al no haber sido probado el ingreso del actor en la causa, y no pudiendo por tanto presumirse las ganancias que dejó de percibir a raíz del accidente, confirmaré su rechazo.

En cuanto a lo mencionado en relación a la privación del uso del rodado, conforme la postura de esta Sala en cuanto a que la existencia de roturas en el rodado y su



necesidad de ser reparados justifica por sí mismo la procedencia de la indemnización reclamada, la que, de conformidad con las facultades que el artículo 165 del Código de rito se acuerdan a los jueces, se fija en la suma total de **\$ 2.000,00.**

5. Tratamiento psicológico (médicos futuros).

En lo que respecta al daño psicológico, la sentenciante de grado no ha indemnizado dicho daño, conforme lo sostiene la parte demandada, sino que ha hecho lugar al costo del tratamiento psicoterapéutico aconsejado por el perito médico psiquiatra (fs. 398).

Por lo cual, no hay una doble indemnización, sino la condena a resarcir los gastos en que el actor deberá incurrir con el objeto de obtener un alivio a su padecimiento psíquico.

Por otra parte, estimo adecuada la suma fijada a tal fin por la a quo, por lo que no corresponderá su reducción en el sentido que se solicita.

6. Reparaciones (daño material).

Respecto de esta queja, observo que resultan suficientemente acreditados los daños sufridos por el actor en lo que respecta al camión de su titularidad, tanto de la informativa que refiere la aquo como en la pericial llevada a cabo en sede penal, razones por las que será confirmado este rubro.

7. Intereses del tratamiento médico futuro.

En punto a esta cuestión, esta Sala tiene que los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia y no desde la fecha del hecho. Ello, por cuanto el dinero no ha salido del patrimonio de actor, por lo cual, no hay daño actual.



Consecuentemente, este agravio será admitido.

IV.- Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada, elevando el monto de capital en la suma de **\$ 114.610,00** y por los motivos indicados.

Las costas de segunda instancia serán impuestas a la parte demandada y su aseguradora vencidas.

La regulación honoraria se efectuará sobre la base del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 810/815, elevando el monto de capital en la suma de \$ 114.610,00 por los motivos indicados en los considerandos, como así también, disponiendo que los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia; confirmándose en lo restante y que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de segunda instancia a la parte demandada y a su aseguradora vencidas (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria