



NEUQUEN, 28 de junio de 2017.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (JNQC14 EXP N° 452197/2011), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIÓ** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 408/414 vta., que rechaza la demanda respecto de los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Omar Sanfilipo, y hace lugar a la exclusión de cobertura alegada por la aseguradora, con costas al vencido, en el primer caso, y con costas a actor y demandado, en el segundo.

a) El recurrente se agravia por el rechazo de la demanda.

Dice que la jueza de grado consideró que no se acreditó la relación causal entre los daños reclamados y el siniestro vial protagonizado por el actor, apartándose de las pericias médica y psicológica.

También se agravia por el acogimiento de la defensa esgrimida por la aseguradora, con fundamento en la falta de licencia habilitante del conductor del vehículo causante del accidente.

Sigue diciendo que se encuentra firme que el actor protagonizó un siniestro vial el día 15 de marzo de 2010 cuando, circulando en su bicicleta fue embestido por el automotor conducido por el demandado Jahn y de copropiedad del demandado Sanfilipo. Agrega que se encuentra fuera de



discusión que la colisión se produjo por la exclusiva negligencia del conductor del auto.

Afirma que con las constancias policiales y de la causa penal se acreditó que el actor sufrió lesiones, que motivaron su traslado en ambulancia al Hospital Heller; en tanto que con el informe brindado por el hospital se probó que el demandante presentaba una herida cortante en su cabeza que requirió sutura química, una fractura de muñeca derecha que demandó inmovilización con yeso, y escoriaciones en el pie derecho.

Señala que estas lesiones fueron constatadas por el médico policial y, dado su carácter grave, se decidió dar curso a la causa penal.

En tanto, argumenta el recurrente, que el perito medico otorgó al actor una incapacidad del 5% por limitación funcional de la muñeca, ocasionada por fractura radiocubital. Sin embargo, asegura el apelante, la a quo se apartó de este dictamen pericial concluyendo en que el actor no presentaba secuelas.

Manifiesta que la jueza de grado le recrimina al perito que haya sostenido que el actor sufrió fractura de la muñeca y codo derecho, cuando la última lesión no se encuentra asentada en la historia clínica, pero lo cierto, indica el recurrente, es que el perito médico en ningún momento afirmó que el actor presentara secuelas en su codo, sino que solamente se refirió a las secuelas en la muñeca derecha, y al tabular la incapacidad el experto aludió a una fractura radiocubital en el brazo derecho. Insiste en que la limitación funcional en la muñeca derecha se encuentra objetivada en las alteraciones clínicas que pudo constatar el perito.



Critica lo que califica como actitud inquisitiva de la magistrada, que desdibuja su rol de tercero imparcial so pretexto de valorar la pericia.

También formula agravio por la desestimación de la indemnización por daño moral.

Manifiesta que la desestimación de este rubro indemnizatorio guarda íntima relación con la conclusión de la a quo respecto de la inexistencia de daño físico, aspecto cuestionado en la apelación formulada por su parte.

No obstante ello entiende que existen circunstancias que habilitan la reparación del daño moral, aunque no existan secuelas físicas, con cita de jurisprudencia de esta Sala II.

Enumera las circunstancias que, en opinión del recurrente, acreditan la existencia de agravio moral.

Formula queja por el rechazo de los rubros tratamientos médicos y psicológicos, gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, traslados y vestimenta.

Critica el acogimiento de la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora.

Dice que el informe de la Municipalidad de Neuquén, obrante a fs. 170, refiere que el sr. Jahn obtuvo su licencia de conducir el día 25 de marzo de 2010, o sea 10 días después del accidente. Agrega que no aparece como razonable o verosímil que el conductor del vehículo careciera de idoneidad para conducir si obtuvo su licencia 10 días después del accidente. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Hace reserva del caso federal.

b) Ni la parte demandada ni la aseguradora citada en garantía contestan el traslado de la expresión de agravios.



II.- Comenzando con el análisis de la apelación planteada respecto de la sentencia de primera instancia, la crítica de la parte recurrente se centra en la apreciación que del materia probatorio ha hecho la a quo, que la lleva a desechar la existencia de daños reparables.

En consecuencia, llega firme a esta instancia la responsabilidad de los demandados, de base objetiva, por las consecuencias del hecho dañoso.

De acuerdo con la prueba informativa, el actor fue atendido en el Hospital Heller, inmediatamente después de producido el accidente de tránsito, constando en el informe brindado por esta institución que la víctima presentó fractura de muñeca derecha, múltiples escoriaciones en la frente, cara, cintura y dorso del pie derecho y herida cortante en el cuero cabelludo (fs. 150).

El dictamen pericial médico de fs. 202/206 concluye en que el actor presenta un 5% de incapacidad, con diagnóstico de fractura radiocubital con alteraciones clínicas y radiológicas, agregando el perito que, al examen, presenta dolor en la muñeca y mano derechas que se objetiva en palpación y con la realización de movimientos determinando limitación funcional; y al punto de pericia 18) responde que el demandante puede correr y saltar sin dificultad, y que la limitación funcional está dada por la dificultad que presenta el actor para realizar actividades deportivas como jugar a tenis, vóley y artes marciales, entre otros. Asimismo en el apartado EXAMEN MEDICO LEGAL de la pericia indica que al examen de mano y muñeca derechas presenta dolor palpatorio, con la movilidad activa y pasiva con dolor funcional en la excursión de sus movimientos; y que presenta dificultad para la manipulación y presión de objetos, además de movimientos finos (escribir, pintar, etc.).



Comparando lo informado por el perito médico y las constancias de autos, no cabe sino otorgar razón a la a quo respecto de la inexistencia de secuelas incapacitantes físicas derivadas del accidente sufrido por el actor.

Surge evidente que el perito incurre en contradicción con los elementos obrantes en la causa, los que, además, son acompañados en copia al informe pericial.

La atención médica del actor contemporánea al accidente no alude a fractura alguna en codo y antebrazo; solamente lo hace respecto de la muñeca. El informe del Hospital Heller es claro en orden a que el demandante sufrió fractura de muñeca y que se inmoviliza la zona afectada con yeso.

No obstante ello en el apartado ANAMNESIS, el informe pericial señala que el actor refiere haber sufrido a raíz del accidente fractura de muñeca y codo; y luego el perito al tabular la incapacidad lo hace en base al diagnóstico de fractura radiocubital, la que claramente hace alusión a los huesos que forman el antebrazo (radio y cubito). En ningún momento basa la incapacidad en una afección de la muñeca.

Incluso el perito afirma que existen alteraciones radiológicas, cuando del informe del médico radiólogo -acompañado por el mismo experto y que obra a fs. 191- dice: "Sin evidencia de alteraciones osteoarticulares radiológicamente significativas en mano y muñeca derechas".

De lo dicho se sigue que no puede vincularse jurídicamente la incapacidad que padece el actor con las lesiones sufridas en el accidente de tránsito; circunstancia que impide el progreso de la pretensión por indemnización de la incapacidad física.



No paso por alto que el informe pericial presenta errores (incluso habla de que se examinó a la madre del actor y no a éste) que pueden ser producto de una confusión con otro caso sometido al peritaje del mismo experto, pero ello debió ser aclarado en la etapa procesal oportuna, mediante pedido de explicaciones, lo que no fue hecho.

Por ende, se confirmar el resolutorio de grado en cuanto rechaza la indemnización por daño físico.

El rechazo del daño físico trae como consecuencia que también se desestime la pretensión de gastos por tratamiento médico futuro, ya que si bien éste ha sido sugerido por el perito, al no relacionarse el daño actual con la lesión sufrida en el accidente, mal puede condenarse a los demandados para afrontar gastos para obtener la mejoría de una incapacidad que no es consecuencia del hecho dañoso.

III.- Distinta es la conclusión respecto de algunos de los otros daños reclamados en la demanda.

Los gastos por elementos ortopédicos no pueden prosperar ya que no se ha indicado que el actor requiriera de algún elemento de esta clase y, en su caso, cuál.

Los gastos de asistencia médica y radiografías también han de ser rechazados ya que el accionante fue atendido en el hospital público, no habiéndose probado que se hubieran hecho consultas médicas fuera de la atención prestada en el Hospital Heller.

Respecto de los gastos de farmacia, esta Sala II tiene dicho que tales gastos no requieren prueba directa de su existencia y que aún 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 autos se encuentran probadas las lesiones que el actor sufrió como consecuencia del accidente de tránsito (fractura de muñeca, escoriaciones varias y herida cortante en el cuero cabelludo que debió ser suturada). La curación de tales lesiones pudo requerir, razonablemente, de la adquisición de productos medicinales, más allá de los que provee el sistema público de salud, entendiendo que la suma de \$ 1.000,00 repara adecuadamente los gastos referidos.

En cuanto a los gastos por vestimenta, la parte ni siquiera denuncia que tipo de ropa utilizaba el demandante en el momento del accidente, y cuáles fueron las pérdidas o deterioros sufridos, por lo que su reparación resulta improcedente.

Tampoco se hará lugar a los gastos por traslados dado la lesión padecida y toda vez que surge de la historia clínica acompañada por el Hospital Heller que solamente concurrió para su atención el día del accidente y cuando se le retiró el yeso.

IV.- He de acoger favorablemente la pretensión de reparación del daño moral.

Teniendo en cuenta que al actor sufrió el accidente de tránsito, que este hecho le causó lesiones físicas, y que la curación de estas lesiones requirió - concretamente la fractura- del uso de yeso en su muñeca derecha durante poco más de un mes (ver historia clínica a fs. 154), va de suyo que el accionante ha padecido sufrimientos morales que deben ser reparados.

Por ende, estimo prudencialmente la suma de \$ 20.000,00 en concepto de indemnización del daño moral.



No se hace lugar a la reparación del daño psicológico y a los gastos por tratamiento psicoterapéutico en tanto acuerdo con la jueza de grado en que la pericia en la materia no se encuentra debidamente fundada, no surgiendo con la claridad necesaria que el trastorno de angustia leve que precisa la experta guarde relación causal adecuada con el accidente de tránsito y/o con la lesión sufrida en el mismo.

V.- En definitiva la demanda progresa por la suma de \$ 21.000,00.

Este capital devengará intereses de la siguiente manera: a) la reparación por gastos de farmacia, desde la fecha de la mora (15 de marzo de 2010) y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén; b) la indemnización por daño moral, desde la fecha de la mora y hasta la del presente resolutorio, de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y de ahí en más y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del mismo banco, de acuerdo con la doctrina sentada por esa Sala II en autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21).

VI.- Resta por analizar el agravio referido al acogimiento de la defensa de exclusión de cobertura.

En este aspecto corresponde confirmar el resolutorio de grado.

Si bien la ausencia de carnet habilitante como causa de exclusión de la cobertura asegurativa no es, en mi opinión, absoluta, sino relativa, debiendo estarse a cada caso concreto, en los precedentes en que he rechazado dicha exclusión de cobertura con fundamento en la ausencia de carnet habilitante he considerado que la obtención de la licencia para conducir al día siguiente del accidente, o su renovación por encontrarse vencida en oportunidad del siniestro hacen





presumir que, más allá de la falta administrativa, la pericia para conducir existía.

Sin embargo, en autos el conductor del vehículo embistente no tenía licencia para conducir cuando ocurrió el accidente, habiendo recién obtenido el carnet habilitante el día 25 de marzo de 2010 (fs. 170), con una diferencia temporal importante después de sucedido el hecho dañoso, lo que impide que se presuma su pericia para conducir, siendo, entonces, procedente la defensa opuesta por la aseguradora citada en garantía.

VII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado. En consecuencia se deja sin efecto el rechazo de la demanda, y se hace lugar parcialmente a la misma, condenando a los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Sanfilipo a pagar al actor Marcos Eliazar Enrique Cañupan la suma de \$ 21.000,00 con más los intereses fijados en el Considerando correspondiente dentro de los diez días de quedar firme la presente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Dado el resultado de la apelación y en virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, las costas por el acogimiento de la demanda son a cargo de los demandados vencidos en primera instancia, y en el orden causado para la segunda instancia en atención al éxito obtenido (arts. 68 y 71, CPCyC); en tanto que las costas de segunda instancia por la apelación referida a la defensa de exclusión de cobertura son a cargo del actor vencido (art. 68, CPCyC).

También se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios del fallo de grado, fijándose los emolumentos profesionales por la actuación en primera instancia en el



22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. ...; en el 11,2% de la base regulatoria par los letrados patrocinantes del demandado Sanfilipo, Dres. ..., ... y ..., en conjunto, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594. Para el supuesto de no alcanzar los porcentajes fijados al mínimo legal, corresponde determinar los honorarios en base a este último.

Los honorarios regulados a los letrados de la aseguradora y a los peritos de autos se confirman.

Los honorarios del letrado actuante en la segunda instancia Dr. ... se determinan en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

**El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

Sin perjuicio de lo que he sostenido con relación a la ausencia de la licencia para conducir como causal de exclusión de cobertura asegurativa, adhiero al voto que antecede en razón de que como bien lo destaca mi colega, se carecía de dicha licencia al momento del hecho y el mismo fue otorgado con bastante posterioridad al accidente.

Por ello, esta **SALA II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 408/414 vta., y en consecuencia, hacer lugar también parcialmente a la misma, condenando a los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Sanfilipo a pagar al actor Marcos Eliazar Enrique Cañupan la suma de \$ 21.000,00 con más los intereses fijados en el Considerando correspondiente dentro de los diez días de quedar firme la presente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



II.- Imponer las costas por el acogimiento de la demanda a cargo de los demandados vencidos en primera instancia, y en el orden causado para la segunda instancia en atención al éxito obtenido (arts. 68 y 71, CPCyC); en tanto que las costas de segunda instancia por la apelación referida a la defensa de exclusión de cobertura son a cargo del actor vencido (art. 68, 279; CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios del fallo de grado, fijándose los emolumentos profesionales por la actuación en primera instancia en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. ...; en el 11,2% de la base regulatoria par los letrados patrocinantes del demandado Sanfilipo, Dres. ..., ... y ..., en conjunto (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594); para el supuesto de no alcanzar los porcentajes fijados al mínimo legal, corresponde determinar los honorarios en base a este último.

IV.- Confirmar los honorarios regulados a los letrados de la aseguradora y a los peritos de autos.

V.- Determinar los honorarios del letrado actuante en la segunda instancia Dr. ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

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