



NEUQUEN, 29 de agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"FERREYRA SILVIA PATRICIA C/ ARAUJO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (JNQCII EXP N° 468741/2012), 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, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora y la aseguradora citada en garantía apelan la sentencia de fs. 257/261 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

El letrado de la parte actora apela los honorarios regulados a su favor, por bajos.

a) La parte actora se agravia por el monto de la indemnización por daño físico, el que considera bajo.

Dice que la magistrada de grado se ha apartado del porcentaje de incapacidad fijado en la pericia médica, el que fue del 27%; en tanto que la a quo lo reduce al 10%, en el entendimiento que el síndrome de Pierre Marie y de rigidez temporomaxilar no fueron objeto de reclamo en la demanda.

Dice que el porcentaje de incapacidad fijado por el perito no puede ser desagregado arbitrariamente, según el parecer de la sentenciante de grado, máxime cuando la pericia no fue impugnada por la contraria.

Cita jurisprudencia sobre la apreciación del dictamen pericial.

Subsidiariamente plantea que la jueza de primera instancia señala que ha utilizado un promedio entre las fórmulas Vuotto-Méndez, pero el resultado no se ajusta a tal promedio.



Formula queja por la omisión de considerar el reclamo por tratamiento psicológico futuro.

Dice que la sentencia rechaza el daño psicológico por no configurar un rubro autónomo, pero omite considerar que la perito recomienda un tratamiento de un año, a razón de una sesión por semana, a un costo de \$ 210,00 por sesión.

Se queja del monto otorgado por la a quo para tratamiento médico futuro.

Señala que las obras sociales no cubren el tipo de tratamiento requerido por la actora al 100%, y que este extremo tampoco es relevante a poco que se advierta que, por ser un gasto futuro, la demandante podría no contar en ese momento con obra social.

Cuestiona el rechazo de la reparación de los gastos de asistencia médica, de farmacia, por elementos ortopédicos y traslados.

Se refiere a lo desacertado de requerir una prueba fehaciente sobre su realización.

Se agravia por el rechazo de la reparación de los gastos de reparación de la motocicleta y por privación de su uso.

Manifiesta que, en atención a la manera en que sucedieron los hechos, resulta claro que el vehículo sufrió los daños que evidencia el presupuesto.

Impugna la indemnización por daño moral, por baja.

Considera que no corresponde cargar a su parte con el pago de la tasa de justicia y la contribución al Colegio de Abogados por la diferencia entre el monto reclamado en la demanda y el de condena, con más los sellados devengados por el beneficio de litigar sin gastos.



Recuerda que la actora cuenta con beneficio de litigar sin gastos otorgado en forma definitiva.

Destaca que en los procesos por daños y perjuicios, el monto de demanda es meramente enunciativo.

Hace reserva del caso federal.

b) La aseguradora citada en garantía se agravia por la atribución de responsabilidad en la producción del accidente.

Dice que el único elemento valedero para llegar a la conclusión sobre la responsabilidad del demandado es que la motociclista circulaba por la derecha, pero agrega que no se tuvo en cuenta que el vehículo del demandado ingresa en la bocacalle pretendiendo estacionarse sobre la avenida Toschi, por lo que mal puede entenderse que circulara a velocidad excesiva. Por el contrario, afirma el recurrente, surge de estas circunstancias que la motociclista circulaba a excesiva velocidad, y que, de otro modo, no puede entenderse la mecánica del accidente.

Destaca que el perito en accidentología no determina ninguna circunstancia relativa a la responsabilidad en el hecho.

Agrega que tampoco surge de las pruebas de autos que la motociclista circulara con las medidas de seguridad.

Considera que la sentencia es contradictoria, ya que en los Considerandos se duda de la incapacidad de la demandante pero, de igual modo, se otorga indemnización.

Hace reserva del caso federal.

c) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 290/292 vta.; en tanto que la demandante hace lo propio a fs. 294/295 respecto del memorial de su contraria.



II.- Aunque en forma mínima, el memorial de la aseguradora citada en garantía reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que ha de ser analizado.

III.- Inicio el estudio de los recursos de autos por el planteado por la parte demandada, en el que cuestiona la atribución de responsabilidad en la producción del accidente de tránsito.

Del análisis del expediente surge palmaria la orfandad probatoria de estas actuaciones, por lo que la resolución de la litis debe hacerse considerando principalmente la carga de la prueba. O sea, quién debía probar y no lo hizo.

Del hecho dañoso solamente se conoce con certeza su fecha, hora y lugar. Nada más se sabe sobre la mecánica del accidente. El informe pericial de fs. 179/185 nada aporta al respecto en atención a que no se proporcionaron elementos al perito que puedan ser utilizados para conocer la mecánica del siniestro.

Consecuentemente, la atribución de responsabilidad en cabeza exclusiva del demandado que ha determinado la a quo es correcta.

En efecto, no se encuentra controvertido en esta instancia que resulta de aplicación el art. 1.113 del Código Civil (norma vigente al momento del accidente), como así tampoco que existió una colisión entre el automotor conducido por el accionado y el ciclomotor en el que circulaba la actora. De ello se sigue que resulta ajustada a derecho la conclusión de la jueza de grado en orden a que reconocido el contacto entre la cosa riesgosa y la víctima, es el dueño o guardián de la primera quién debe acreditar la culpa de la segunda, o de un tercero por quién no deba responder, y no lo ha hecho.



Inclusive, surge de la pericia en accidentología que la prioridad de paso en la encrucijada la tenía el vehículo de la actora, por lo que la eventual culpa de la víctima se desdibuja aún más. Si bien el demandado invoca que la demandante conducía a excesiva velocidad su ciclomotor, no ha probado esta circunstancia.

Por ende se confirma la sentencia de grado en cuanto atribuye exclusiva responsabilidad al demandado en la producción del hecho dañoso.

IV.- La parte actora se agravia, en primer lugar, por la cuantía de la reparación del daño físico, denunciando un apartamiento de la pericia médica.

Nuevamente nos topamos con la problemática de la inexistencia de prueba de la cual se pueda deducir que tipo de lesiones sufrió la actora en el accidente o que partes de su cuerpo fueron afectadas.

Llamo la atención sobre que el accidente que aquí se analiza constituyó para la demandante un accidente de trabajo in itinere, conforme ella misma lo denuncia en oportunidad de la entrevista con la perito psicóloga, y también surge de fs. 95; por lo que hubiera bastado con requerir de la ART actuante la historia clínica de la actora. Sin embargo, tal prueba no fue ni siquiera ofrecida por los litigantes.

Por su parte, el informe pericial médico de fs. 215/220 determina que la actora presenta una incapacidad del 27%, con fundamento en el diagnóstico de síndrome postconmocional de Pierre Marie (10%), rigidez temporomaxilar (7%), tendinitis de rodilla izquierda (5%) y cervicalgia (5%). Señala también el perito que *"las lesiones presentadas son compatibles con las dolencias secuelas del evento, es decir, son consecuencia del mismo: a) Existe relación cronológica de*



las dolencias de la actora con el accidente. b) Exclusión de otras causas en la paciente. c) Lesión objetivada con los signos clínicos y estudios realizados”.

Tal como lo señala la parte actora en su memorial, esta pericia no fue impugnada por los litigantes.

Y al no conocer nada sobre el accidente, no se puede afirmar que una determinada lesión no es consecuencia del evento dañoso.

La a quo ha descartado las rigidez temporomaxilar y el síndrome de Pierre Marie por no haber sido objeto del reclamo inicial.

Si bien es cierto que en la demanda no se mencionan estas secuelas al describir el daño físico, lo que debe tenerse en cuenta es que la actora persigue la reparación integral de los daños sufridos en el accidente de tránsito que protagonizara, por lo que la pretensión de que se indemnice el daño físico padecido es suficiente, en mi opinión, para que se reparen todas las lesiones que guardan relación causal adecuada con el hecho dañoso, más allá que concretamente se encuentren especificadas en el escrito inicial.

Como lo señalé, al desconocerse casi todo sobre el accidente de tránsito, excepto fecha, hora y lugar, no puede analizarse la existencia de aquella relación causal adecuada. De ello se sigue que si el perito afirmó que las lesiones son consecuencia del accidente, y la parte interesada no cuestionó esta conclusión, ha de considerarse que efectivamente las secuelas descriptas por el experto se corresponden con el hecho dañoso.

Además, advierto que el perito ha señalado que la actora sufrió luxación de la articulación temporomaxilar a causa del accidente de tránsito; en tanto que del informe de fs. 132/143 surge que por indicación de la médica de la



aseguradora de riesgos del trabajo se realizaron distintos estudios sobre el macizo facial de la actora, con referencia concreta a la mandíbula (ver fs. 138/142), por lo que es lógico que si como consecuencia del accidente existieron lesiones en la mandíbula, puedan quedar secuelas que afecten esa parte del cuerpo.

Consecuentemente he de incluir la secuela rigidez temporomaxilar como consecuencia del accidente de autos.

En cuanto al síndrome de Pierre Marie, esta Sala II ha sido sumamente restrictiva en su acogimiento, en atención a las dificultades para su objetivación y al abuso que se hace de determinadas patologías (autos "Hernández c/ Fernández", expte. n° 394.291/2009, P.S. 2014-I, n° 22), pero en autos, además de la falta de cuestionamiento de parte de la demandada, no sólo el perito médico lo identifica, recomendando la realización de tratamiento neuropsiquiátrico (fs. 219), respaldado en dos estudios complementarios realizados a la accionante (electroencefalograma e informe neurológico) que dieron resultados anormales (fs. 217), sino también que la perito psicóloga concluye en que *"existen alteraciones en la capacidad de atención, memoria, concentración y motivación"*, recomendando *"consulta neurológica urgente"* (fs. 175 vta.).

Luego, he de incluir también el síndrome de Pierre Marie como secuela del accidente de autos.

La incapacidad física de la actora es, entonces, del 27%, conforme lo determinado en la pericia médica. Aclaro que tomo el 27% de incapacidad y no el 24,27%, toda vez que en el ámbito del derecho común no es de aplicación el método de Balthazar -capacidad restante-, el que se encuentra reservado para las acciones entabladas en virtud de la ley 24.557.



Lo hasta aquí dicho sirve también de respuesta a los agravios de la parte demandada respecto de la supuesta contradicción que existiría en la sentencia de primera instancia.

V.- Habiendo variado el porcentaje de incapacidad a considerar corresponde proceder a un nuevo cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente.

Teniendo en cuenta que se encuentra firme en esta instancia que dicho cálculo ha de realizarse promediando los resultados de las fórmulas Vuotto y Méndez, y que la actora percibía un salario mensual de \$ 4.000,00 al momento del accidente (fs. 95) y contaba, a esa fecha, con 30 años de edad, la indemnización por incapacidad sobreviniente se eleva a la suma de \$ 390.000,00.

VI.- La parte actora también se queja por lo que entiende una omisión de la a quo respecto de los gastos de tratamiento psicológico futuro.

Ello no es así, la jueza de grado ha abordado los gastos por tratamientos futuros en forma conjunta, englobando tanto el aconsejado por el perito médico como el aconsejado por la perito psicóloga, y otorgando por dicho rubro la suma de \$ 8.000,00, por lo que, en realidad, se ha condenado a la demandada al pago del tratamiento psicológico, debiendo rechazarse el presente agravio.

La actora también formula queja por este último monto, considerándolo bajo.

Asiste razón a la demandante respecto a que no resulta relevante que la actora posea o no obra social, ya que es el demandado como productor de un daño injustificado el que debe repararlo integralmente. Sí, hubiera sido de interés saber si la ART se hizo cargo de estos tratamientos, ya que en ese caso se produciría un enriquecimiento indebido a favor de



la actora, pero, como lo adelanté, tal extremo no se encuentra acreditado.

Por ende, considerando que el perito médico aconsejó la realización de 40 sesiones de rehabilitación, a un costo de \$ 350 cada sesión; en tanto que la perito psicóloga aconseja un tratamiento de 48 sesiones, a un costo de \$ 210,00 cada sesión, el costo total de los tratamientos futuros asciende a \$ 24.080,00, monto al que se eleva la condena en este rubro.

En cuanto a los gastos de asistencia médica, farmacia, elementos ortopédicos y traslados, teniendo en cuenta que el accidente constituyó un accidente de trabajo in itinere, en el cual intervino la ART (fs. 95 y 132/143), tales gastos no debieron ser realizados por la actora sino que fueron asumidos por la aseguradora de riesgos del trabajo (art. 20, ley 24.557), por lo que la sentencia de grado se confirma en este aspecto.

VII.- Otra queja de la actora refiere al rechazo de la indemnización por los daños sufridos por el ciclomotor y la privación de su uso.

Aquí asiste razón a la jueza de primera instancia ya que el ciclomotor nunca le fue exhibido al perito en accidentología, no contándose siquiera con fotos del estado en que se encontró después del accidente, ni con la descripción de la mecánica del hecho, de la que podría presumirse la existencia de determinados daños en el vehículo.

Frente a esta omisión probatoria no pueden tenerse por ciertos los daños de los que da cuenta el presupuesto acompañado con la demanda.

Asimismo, al desconocerse los daños sufridos por el ciclomotor, no puede estimarse el tiempo de reparación y,



por ende, no puede prosperar la indemnización por privación de uso.

El agravio, entonces, se rechaza.

VIII.- La accionante se queja del monto de la reparación del daño moral.

Con relación a este tema hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160).

Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463).

Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que *"El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización."*

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial."



"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica...Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización...Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro...El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del *id quod plerunque fit*, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración...La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La indemnización del daño moral. Evaluación del *pretium doloris*", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).



Insisto en que en autos se desconoce casi todo sobre el accidente, y agrego que tampoco se ha probado que la víctima tuviera que estar internada, y, en su caso, tiempo de la internación y tratamientos efectuados.

No obstante ello, teniendo en cuenta cuales fueron las lesiones sufridas por la demandante, la existencia de una cicatriz en la región frontoparietal de 4 cm. de longitud, y que fue víctima de un accidente de tránsito, entiendo que la suma de \$ 10.000,00 otorgada por la jueza de grado no repara adecuadamente los padecimientos espirituales que razonablemente pudo haber sufrido la actora, por lo que he de elevar el monto de esta indemnización llevándolo a la suma de \$ 30.000,00.

IX.- Dado que el nuevo capital de condena supera al monto reclamado en la demanda, el que, conforme lo sostiene la actora, es meramente estimativo, deviene abstracto el tratamiento del agravio referido al pago de la tasa de justicia y de la contribución al Colegio de Abogados.

X.- Resta por analizar la queja arancelaria.

La sentencia de grado determina los honorarios del letrado apoderado de la parte actora en el 22% de la base regulatoria, y entiendo que este porcentaje resulta adecuado para retribuir la labor profesional, encontrándose, por otra parte, dentro de la escala del art. 7 de la ley 1.594, y habiéndose aplicado el porcentaje del art. 10 de la misma norma legal.

XI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y la queja arancelaria; y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el



que se fija en la suma de \$ 444.430,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los letrados actuantes ante el Alzada en el 6,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., y en el 4,86% de la base regulatoria para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 257/261 vta., incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 444.430,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante el Alzada en el 6,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., y en el 4,86% de la base regulatoria para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto en el art. 15 de la ley 1.594.

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

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**