



NEUQUEN, 24 de Octubre del año 2017

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ROJAS MARCELO ALBERTO Y OTRO C/ INDALO S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (JNQC12 EXP 402395/2009) 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 el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

**I.** A fs. 559/564, la *A-quo* hizo lugar a la demanda entablada por los actores contra Indalo S.A., Mauricio Eduardo Morales y La Economía Comercial S.A., y los condenó a abonarles a Casandra Rojas la suma de \$ 105.337 y a Marcelo Rojas y Marisa Baruffato \$ 20.598,31, con más intereses y costas.

A fs. 565 apela la actora y a fs. 595/597 expresa agravios. En primer lugar se queja por el porcentaje de incapacidad. Sostiene que el perito no otorgó el 25,55% sino el 60%, que es el que se adapta a los daños sufridos por la Sra. Casandra Rojas en el accidente.

Luego, se agravia por la aplicación de la fórmula de matemática financiera considerada por la *A-quo* para calcular la incapacidad. Sostiene, que conforme el cálculo que resulta más justo es el promedio de las fórmulas reconocidas en los casos "Vuotto" y "Méndez". Peticiona que el monto de condena por el rubro incapacidad física sea \$ 435.295,74.

Además, se agravia por el monto reconocido en concepto de daño moral, el que considera exiguo. Manifiesta que en un primer momento se pensó que no salvaría el pie, evaluando la necesidad de amputación. También que estuvo durante meses postrada en una cama sin poder caminar y sin saber cómo quedaría una vez consolidadas las lesiones, a lo cual debe agregarse que debió dejar de practicar deportes. En



consecuencia, teniendo en cuenta la edad de la víctima peticiona se eleve considerablemente el monto por este rubro.

En quinto lugar se queja por el monto fijado para atender gastos futuros dado que se estableció en la suma de \$ 20.000, cuando del informe pericial surge que el costo de la cirugía plástica que necesita varía entre \$ 20.000 y \$ 100.000, por lo que por los menos debió tomar un promedio de esos importes. Además la perito psicóloga dijo que necesitaba un tratamiento psicológico de al menos un año con sesiones semanales con un costo mínimo de \$120, lo que hace un total de \$ 6.000. Entonces, por el rubro gastos futuro peticiona la suma de \$ 66.000.

Por último, se queja por el monto reconocido en concepto de gastos médicos y farmacéuticos, que corresponde a favor de los padres. Dice que estos gastos deben presumirse y que en virtud de la gravedad de la lesión tal monto debe elevarse.

La contraria no contestó los agravios.

**II.** Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas preliminarmente corresponde señalar que en el caso de autos no se encuentra controvertida la existencia del hecho como tampoco las circunstancias de tiempo y lugar en las que se produjo ni la atribución de responsabilidad aunque sí los montos por los cuales procedió la demanda.

**1.** En punto al primer agravio de la parte actora referido al porcentaje de incapacidad determinado por la Sentenciante de grado, no resulta procedente.

Es que, el perito médico determinó un 25,55% de incapacidad utilizando el baremo del decreto 659/96 y el General para el fuero civil de Altube y Rinaldi (fs. 333). Al respecto señaló Aniquilosis tobillo 12,00%, Cicatriz (10% de 88%9) 8,80%, sección tendones 4º y 5º dedos (3% x2 de 79,2%), 4,75%. Total: 25,55% (fs. 332 y vta.). En consecuencia los fundamentos del agravio de la recurrente no resultan



suficientes a los fines de arribar a una conclusión distinta debido a que si bien el perito señaló ese porcentaje no aportó elementos para fundarlo y determinó el señalado anteriormente.

2. Luego, en punto a la determinación del monto de condena por este rubro le asiste razón a la apelante en cuanto a que corresponde su elevación.

Al respecto, esta Sala sostuvo que *"Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (no arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar un quantum por muerte como por incapacidad permanente"* (Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, T. VIII, pág. 528, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2015), (esta Sala en autos "ARANEDA BEATRIZ ESTEFANIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 470840/2012).

Además, esta Sala sostuvo: *"Ahora bien, 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 Ramon C/ Cadesa S.a. S/ Accidente Accion 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 Vuotto "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. voto de la Dra. Pamphile en autos "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).*

A partir de lo expresado, teniendo en cuenta la edad de la Sra. Rojas al momento del hecho (18 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito médico (25,55% a fs. 332 vta.), el salario mínimo vital y móvil al momento del hecho (\$ 1.240, aspecto no cuestionado por el recurrente) y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta



Sala, la justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado debe ser elevada a la suma de \$ 186.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. Luego, respecto a la queja por el monto establecido por daño moral cabe partir de considerar que anteriormente 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 anímicamente 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 autos el tratamiento de este rubro debe efectuarse teniendo en cuenta la gravedad del hecho (fs. 332 y vta.) y lo expuesto por la perito psicóloga a fs. 407 vta. en cuanto a que no se descartan sentimientos de angustia y ansiedad producto del mismo y que la actora padeció síndrome post conmocional, lo que es corroborado por las testimoniales de Lelia Laura Guerrero de fs. 249/250, y Patricia Illera a fs. 251 y 252.

La Sra. Guerrero dijo: *"Yo fui a verla un par de veces a Casandra a la clínica, una vez la pude ver. Otras veces no, porque ella estaba sumamente deprimida y no quería ver a nadie. Incluso paso las fiestas internada en el Policlínico Neuquén, y tenía un estado que, ya te digo, estaba a oscuras en la habitación, no quería que nadie entre". Además, en punto a las cicatrices dijo: "Le produce la*





*necesidad de ocultarlas, inseguridad, la última vez que la vi es como que tenía que elaborar esa situación de su pierna. No podía comportarse normalmente con su pierna en esas condiciones" (fs. 249 vta.).*

*Por su parte, la Sra. Illera dijo: "Y de Casandra, primero muy shockeada después con crisis de angustia, crisis de llanto, por no saber lo que estaba pasando desde lo médico y con mucho miedo a no poder recuperarse en su pierna. Esto siguió después de la internación, porque ella tuvo que concurrir casi diariamente a hacerse curaciones, después tuvo internaciones para hacer injertos de piel, prácticas que son dolorosas, nada agradable y menos para una adolescente. Me consta porque la acompañé en este proceso en forma personal", (fs. 251vta.),*

La apelante considera que el monto es exiguo por las características del hecho, la edad de Casandra al momento de producirse como también que dejó de hacer su práctica de deporte habitual. Al respecto, sin perjuicio que las cicatrices que le quedaron fueron valoradas al momento de la determinación del daño físico, teniendo en cuenta los parámetros señalados por la Sentenciante a fs. 563, el dictamen de la perito psicóloga y que la Sra. Cassandra al momento del hecho contaba con 18 años de edad, corresponde elevar la justipreciación de este rubro a la suma de \$50.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

4. Luego, en cuanto a los montos fijados en concepto de gastos futuros, el perito médico señala que la actora necesita una cirugía para artrodesis y plástica para la cicatriz de la pierna, cuyo costo aproximado oscila entre \$20.000 y \$ 100.000, pero no brinda mayor información al respecto, como por ejemplo como incidiría la misma en la lesión y como arriba a dicho monto. Por otra parte, los actores Rojas y Barruffato no han aportado otros elementos que permitan conocer mayores datos sobre las intervenciones



quirúrgicas, (cfr. esta Sala en autos "PARRA MATIAS ROBERTO CONTRA VICTORIA ZAMORA ESTEBAN DARIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", EXP N° 411950/10).

A partir de ello, considerando lo expuesto por la perito psicóloga a fs. 407 vta., y que los codemandados no se quejaron al respecto, corresponde confirmar el monto por el cual procedió este rubro.

5. Por otra parte, con relación a los gastos de farmacia, esta Sala sostuvo que: *"La jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento"* (CNCiv., Sala E, "Paez de Tezanos Pinto, Ana M. c. Otermin Aguirre, Julio", LA LEY 1986-A , 469, DJ 1986-2, 12, ED 117, 244, AR/JUR/ 991/ 1985)", (*"HUENUL MARIA TERESA CONTRA SEGURA ROBERTO GASTON Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"*, EXP N° 386241/9).

A partir de lo expuesto, considerando que los actores a fs. 67 sostuvieron que Casandra al momento del hecho contaba con obra social, como también que en su agravio no señalan a partir de las constancias de autos qué otros gastos deben presumirse como tampoco indican el monto por el cual pretenden se eleve este rubro, considero que la justipreciación efectuada por la Sentenciante al respecto debe ser confirmada, (art. 165 del C.P.C. y C.).

**III.** Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por los actores a fs. 595/597, y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 559/564, elevando el monto de condena con relación a la Sra. Casandra Rojas, a la suma de \$ 236.000, con



más los intereses que deberán ser determinados conforme lo dispuesto en la instancia de grado, y confirmarla en lo demás que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por los actores a fs. 595/597, y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 559/564, elevando el monto de condena con relación a la actora Casandra Rojas, a la suma de \$ 236.000 con más los intereses que deberán ser determinados conforme lo dispuesto en la instancia de grado y confirmarla en lo demás que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos (art. 68 párrafo del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados de los actores por la actuación en esta etapa en un 30% de los de primera instancia (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**