



NEUQUEN, 20 de diciembre del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ZENTENO ISABEL Y OTRO C/ VENEGAS ALEXIS ANDRES Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (JNQC12 EXP N° 507491/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes y la aseguradora citada en garantía interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 480/484, que hace lugar a la demanda.

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

a) La parte actora se agravia por considerar que la a quo ha evaluado erróneamente la prueba, precisando que la jueza de grado se aparta sin fundamentos de la prueba pericial médica, fijando una incapacidad física del 10%, cuando la perito determinó que ella es del 15%.

Agrega que la perito psicóloga determinó también cuál era la incapacidad psíquica de la actora, fijando un porcentaje del 8%.

Cita doctrina y jurisprudencia respecto del apartamiento de los dictámenes periciales.

Se queja por la utilización de la fórmula Vuotto para determinar la indemnización por incapacidad física, entendiendo que ha quedado en desuso.

Cita jurisprudencia.



Considera insuficiente la indemnización por incapacidad sobreviniente determinada en el fallo de grado.

Cuestiona el monto de la indemnización por daño moral, con cita de jurisprudencia.

Impugna la cuantía de la reparación de los daños materiales, sosteniendo que su parte acreditó daños por sumas mucho mayores que la receptada en la sentencia de primera instancia.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada y la aseguradora citada en garantía se agravian, señalando que no existe factor de atribución de responsabilidad en el daño físico.

Dicen que en el informe pericial se otorga un porcentaje de incapacidad a la accionante, a partir de lesiones como cervicalgia en las vértebras C5 y C6, informando la experta que se trata de una lesión multifactorial, lo que quiere decir que la misma puede ser provocada por degeneración, micro traumatismos, tumores malignos, etc.

Siguen diciendo que su parte impugnó este informe destacando la escasa prueba médica en la que se basa la pericia, y que las explicaciones brindadas por la perito no responden de modo completo a los cuestionamientos formulados.

Afirma que el accidente de autos no fue la causa origen de las dolencias de la actora, toda vez que éstas no son específicas ni coincidentes en el tiempo, existiendo diversos factores que pueden haberlas provocado, tal como lo sostuvo la perito.

Agrega que no se tuvo en cuenta a edad de la actora al momento del accidente (45 años), y las tareas que describe realizaba como oficinista, extremos que hacen presumir que los supuestos dolores en la zona cervical son



debidos al proceso degenerativo de la edad. Pone de manifiesto que los estudios en los cuales se basa la pericia no son recientes, sino que datan de hace más de dos años, y que no existen otros daños físicos o padecimientos denunciados.

Cita jurisprudencia y doctrina.

Hace reserva del caso federal.

c) A fs. 513/514 la actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria.

Dice que los argumentos que hoy desarrolla la apelante no fueron manifestados en los escritos impugnativos del informe pericial, y menos aún hizo reserva de cuestionarlos ulteriormente.

Entiende que no hay, en la expresión de agravios, un cuestionamiento técnico.

d) La parte demandada y la aseguradora citada en garantía contestan el traslado del memorial de la actora a fs. 517/521.

Defienden la valoración que ha hecho la a quo del informe pericial médico por cuanto existen lesiones en la actora que son previas o provocadas por concausas, sin ningún nexo con el siniestro.

Señalan que el porcentaje de incapacidad otorgado por la experta está sobrevaluado, teniendo en cuenta que la actora no fue operada, ni presenta rigidez cervical ni intolerancia al tacto.

Cita jurisprudencia en defensa de la utilización de fórmulas matemáticas.

Defiende la indemnización por daño moral fijada por la a quo.



Con relación al daño material recuerda que su parte impugnó los presupuestos acompañados con la demanda.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de autos, señalo que llega firme a esta instancia la atribución de responsabilidad exclusiva al demandado en la producción del accidente de tránsito; circunscribiéndose los agravios de las partes a la relación causal entre el daño físico y el hecho dañoso, y a la valoración del daño.

Comienzo el análisis por el agravio referido a la relación causal entre el daño físico y el hecho dañoso.

Si bien puede entenderse que el informe pericial fue escueto y carente de fundamentos científicos (fs. 234/238), lo cierto es que la perito médica supera estos déficits al responder a la impugnación formulada por la parte demandada y la aseguradora citada en garantía (fs. 337/341), surgiendo de la lectura de las explicaciones dadas por la experta, la existencia de relación causal entre la secuela que presenta la actora y el accidente de tránsito.

Es importante destacar la mecánica del accidente, la que se encuentra consentida en segunda instancia, y que refiere a que encontrándose el vehículo en que se conducía la demandante detenido a la espera de que el semáforo habilitara el paso, es impactada desde atrás por el automotor del demandado, lo que provoca que el auto de la actora impacte, a su vez, con el vehículo que estaba detenido delante de ella. Ello provocó que la accionante sufriera un latigazo cervical.

La perito ha establecido que la actora presenta cervicalgia postraumática con sintomatología.

Cuando responde a las impugnaciones formuladas a su dictamen, la experta refiere que: *"El dolor cervical se denomina cervicalgia, si hay solo dolor ...Las causas de la cervicalgia son multifactoriales:*



"Por degeneración, por microtraumatismos, por mecanismos de flexión-extensión; y los accidentes de tránsito con colisiones posteriores, constituyen la causa más frecuente de latigazo cervical, el más conocido desencadenante de cervicalgia postraumática...En raras ocasiones el dolor inflamatorio cervical es provocado por infecciones (vértebras o articulaciones de la columna cervical)...Los tumores malignos de localización cervical también pueden generar dolor inflamatorio o cervicobraquialgias, pero son raros...Se evidencian signos degenerativos como deshidratación, pero la lesión protrusión discosteofítica que impronta la cara anterior del saco dural, puede haber estado desencadenado por el movimiento de flexión-hiperextensión (latigazo cervical) de la columna cervical o exacerbado una lesión previa".

Surge, entonces, de los dichos de la perito que el latigazo cervical -sufrido por la actora como consecuencia del accidente- es la causa más común de la dolencia que ella presenta. Esto, unido a que el dolor comienza en forma concomitante con el siniestro vial, y que no se ha acreditado que, con anterioridad a aquél, la demandante padeciera de dolor cervical, me lleva a la conclusión de que existe una relación causal adecuada entre el accidente y la cervicalgia que hoy tiene la víctima.

El hecho que existen otras causas que provocan el dolor cervical no influye sobre la conclusión señalada en el párrafo anterior, en tanto no se ha probado que la actora sufriera de microtraumatismos, o que presentara una infección o tuviera un tumor maligno.

Igual sucede con los signos degenerativos, normales para la edad de la víctima (47 años en oportunidad del accidente), ya que la experta claramente diferencia entre la deshidratación, que es consecuencia del desgaste natural de la columna, y la lesión, que pudo ser desencadenada por el



latigazo cervical, o puesta de manifiesto por éste. De uno u otro modo, sin la existencia del accidente de tránsito, la lesión no se hubiera producido o no se hubiera manifestado con la intensidad actual.

Por lo dicho se confirma la sentencia de grado en cuanto tiene por acreditada la relación causal adecuada entre la dolencia de la actora y el accidente de tránsito.

III.- Respecto del grado de incapacidad física de la actora asiste razón a la demandante recurrente, en tanto ha existido un error de la jueza de grado.

La pericia médica realiza dos mediciones de la incapacidad de la actora, una en base al baremo comúnmente utilizado en el fuero civil, y la otra de acuerdo con el baremo correspondiente al sistema de riesgos del trabajo.

Encontrándonos en el marco de una acción civil que persigue la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el accidente sufrido por la demandante, debe estarse al baremo de Altube-Rinaldi, en base al cual se ha fijado una incapacidad del 15%.

Con relación al daño psicológico es opinión reiterada de la suscripta que aquél no constituye una categoría autónoma, sino que su existencia debe ser valorada a efectos de determinar la indemnización por daño patrimonial o extrapatrimonial. He dicho con relación a este tema que el daño psicológico, además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurre se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (autos "Soto c/ Cifuentes", expte. n° 369.260/2008, 4/10/2011, entre otros).



Por ende, no surgiendo de la pericia psicológica de fs. 345/347 vta., que las secuelas psicológicas afecten la capacidad de ganancia de la demandante, sino que se reflejan en otros aspectos de su vida, aquellas han de ser valoradas en oportunidad de abordar el daño moral.

IV.- Abordando ahora la queja de la parte actora referida a la cuantificación del daño físico, es criterio de la suscripta que a fin de lograr una más equitativa reparación de la incapacidad física es menester estar al promedio de las dos fórmulas que usualmente se utilizan en el ámbito judicial (Vuotto y Méndez).

Oportunamente adherí al voto de quién fuera mi colega de Sala Dr. Gigena Basombrio, emitido en autos "Portales c/ Moño Azul S.A." (expte. n° 453.788/2011, 2/9/2013), donde se sostuvo: *... 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 recepen 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... 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...".

Aplicando, entonces, las dos fórmulas señaladas al caso de autos, y teniendo en cuenta a tal fin los elementos considerados en el fallo de grado, los que no han sido cuestionados (edad: 47 años; ingreso: \$ 8.291,00 mensuales), y una incapacidad del 15%, obtenemos un resultado de \$ 175.054,74 por la fórmula Vuotto y \$ 343.913,93 por la fórmula Méndez. Promediando ambos resultados llegamos a \$ 259.490,00;



monto que entiendo repara adecuadamente el daño físico padecido por la demandante.

V.- La actora también se queja de la cuantía de la indemnización por daño moral.

En lo que refiere a la reparación del daño moral, tengo dicho que *"Con relación al monto de la reparación del daño moral 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)" -cfr. autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación", expte. 421.965/2010, sentencia de fecha 21/2/2017;



"Castellán c/ Corbani", expte. n° 505.828/2014, 2/11/2017, entre otros-.

De acuerdo con lo informado por la perito médica, la actora tuvo una convalecencia de 30 días, continuando todavía con tratamiento kinesiológico.

Por su parte, la perito psicóloga informa que se detectan en la actora signos de depresión y ansiedad, agravados por el accidente; como así también agorafóbicos, y manifiesta temor al conducir.

Teniendo en cuenta la mecánica del accidente, la duración del tratamiento y la persistencia de los síntomas dolorosos, como así también la influencia que ha tenido el evento daños en su psiquis, es que entiendo que el monto otorgado por la a quo para reparar el daño moral es bajo, proponiendo elevarlo a la suma de \$ 60.000,00.

VI.- En lo que refiere a la queja de la parte actora respecto de la indemnización por daño material, también asiste razón a la apelante.

Si bien la a quo ha señalado que de los presupuestos acompañados por la parte actora, solamente han sido reconocidos dos, advierto que el perito mecánico en su informe de fs. 399/401 vta., afirma: *"De acuerdo el listado de elementos afectados en el vehículo Fiat Duna, que se corresponden con lo observado, el costo de los repuestos se eleva aproximadamente un 100% desde el momento del hecho hasta la fecha, y para el caso de la mano de obra se estima el mismo porcentaje, siendo el valor de la reparación a la fecha de aproximadamente \$ 29.000 en repuestos y de \$ 32.000 de mano de obra de chapa y pintura y mecánica"*.

En tanto la pericia mecánica no fue cuestionada por las partes corresponde estar a los costos en ella



informados, por lo que la indemnización por daño material se eleva a la suma de \$ 61.000,00.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el perito señala que los costos están calculados a la fecha de la pericia (6 de febrero de 2017), debe modificarse la tasa de interés respecto de esta indemnización, aplicando la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha de la mora y hasta la de presentación del informe pericial, y a partir del 7 de febrero de 2017 y hasta su efectivo pago, la tasa activa del mismo banco. Ello así, porque los valores detallados en el dictamen están actualizados a febrero de 2017, por lo que teniendo la tasa activa un componente inflacionario (conforme lo ha desarrollado el Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Alocilla") no corresponde su aplicación sobre un capital actualizado.

VII.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

La sentencia de grado ha regulado los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora en el 16% de la base regulatoria.

El porcentual utilizado por la a quo se encuentra dentro de la escala del art. 7 de la ley 1.594, y entiendo que retribuye adecuadamente la labor del profesional apelante, evaluada de acuerdo con las pautas que brinda el art. 6 del arancel, por lo que ha de ser confirmado.

VIII.- Conforme lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y de la aseguradora citada en garantía 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 \$ 325.090,00 para la señora Isabel Zenteno, y \$ 61.000,00 para ambos actores, y estableciendo que la tasa de interés para el daño material (costo de reparación del vehículo) es la pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha de la mora y hasta el 6 de febrero de 2017, y a partir del 7 de febrero de 2017 y hasta el efectivo pago, es la activa del mismo banco; confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 90% a la parte demandada y a la aseguradora citada en garantía y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. NOACCO 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. 480/484, incrementando el capital de condena a la suma de \$325.090,00 para la señora Isabel Zenteno, y \$61.000,00 para ambos actores, y estableciendo que la tasa de interés para el daño material (costo de reparación del vehículo) es la pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha de la mora y hasta el 6 de febrero de 2017, y a partir del 7 de febrero de 2017 y hasta el efectivo pago, es la activa del mismo banco; confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



II.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a la parte demandada y a la aseguradora citada en garantía y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

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

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela S. Rosales - Secretaria