



NEUQUEN, 21 de abril de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"MENENDEZ GABRIEL ALEJANDRO Y OTRO C/ PONCE DANIEL DOMINGO S/ D. P. POR USO DE AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (Expte. N° 403508/2009) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL NRO. 2 a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando Marcelo **GHSINI** y el Dr. Federico **GIGENA BASOMBRIO** -por apartamiento del Dr. Marcelo Juan Medori-, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ** y de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por Gabriel Menéndez y María Alejandra Correa en representación de su hijo menor de edad T. M. C. y condenó a Daniel Domingo Ponce y a su aseguradora, Federal Argentina S.A., a abonar a la parte actora la suma de \$134.392 (\$85.592 para T. y \$48.800 para su madre María Alejandra Correa), con más los intereses a la tasa activa del BPN S.A., desde la fecha del evento dañoso hasta su efectivo pago.

Esa sentencia de fs. 453/458 vta., es apelada por la aseguradora a fs. 467, por la parte actora a fs. 469 y por el demandado a fs. 471; expresando agravios la primera a fs. 482/488, la segunda a fs. 490/494 vta. y el tercero a fs. 496/498 y vta.

II.- a) Agravios la Aseguradora Federal Argentina S.A.

En primer lugar, cuestiona la sentencia por considerar excesivo el monto otorgado en concepto de daño físico. Aduce que si bien, no desconoce las lesiones sufridas por el menor, entiende que no se encuentra acreditada la incapacidad determinada por la a quo, sustentada en el informe médico efectuado por el Dr. Sorbera.

Expresa que, si bien el médico señala que el menor presenta una leve deformidad anatómica por acortamiento



y angulación del fémur derecho, no surge de dicho informe cómo observa esa deformidad y mucho menos aún, el acortamiento y angulación del fémur derecho.

Entiende que, al no surgir que haya sido observada la secuela con RX, TAC, RMN, etc., dichas conclusiones carecen de fundamento científico.

En segundo lugar, sostiene que resulta excesivo el monto otorgado en concepto de daño moral a favor de T. M. y a María Alejandra Correa.

Indica que, la sentencia acogió favorablemente este rubro por la suma de \$40.000 para el primero y \$20.000 para la segunda, importe que confrontado con la prueba recabada en autos, resulta elevado.

Con relación a T., afirma que si bien es cierto que sufrió un traumatismo importante en la pierna derecha, no existen constancias en autos de que sufriera algún tipo de trastorno psicológico.

Menciona que, tampoco se han demostrado con otros medios probatorios, los sufrimientos psíquicos y/o espirituales relatados en el escrito de demanda.

Respecto a la Sra. Correa, dice que, conforme surge de la pericia médica efectuada en la causa penal (fs. 96), no le quedaron secuelas como consecuencia del siniestro objeto de autos, por lo que resulta exagerada la suma otorgada por dicho concepto, teniendo en cuenta que a los 25 días de su ocurrencia, ella ya se encontraba trabajando en forma normal.

En tercer lugar, critica la indemnización otorgada en concepto de gastos por tratamiento psicológico, ante la falta de la supuesta lesión psicológica sufrida por la señora Correa.

Expone que, las conclusiones periciales de la Licenciada De Francisco no alcanzan para pensar que el origen del stress Post Traumático diagnosticado tenga su origen causal en el accidente de autos.



A fs. 500/501 vta., contesta agravios la actora, solicitando su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de la parte actora

En primer lugar, se agravia por el rechazo de los gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y de traslado, sobre la base de que estos daños emergentes no han sido demostrados.

Refiere que, los gastos de atención médica y de farmacia no requieren en principio de prueba documental, toda vez que encuentran su fundamento en la naturaleza del perjuicio y en la lesión experimentada por la parte actora.

En segundo lugar, ataca la sentencia porque emplea un criterio estrictamente matemático para determinar el quantum indemnizable a favor de T., cuando de este modo se afecta la dimensión personal y la dignidad del niño, vulnerando así la reparación integral.

Expresa que, toda lesión física de carácter permanente, debe ser indemnizada como valor del que la víctima se vio privada, puesto que la reparación no sólo comprende el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan a la personalidad íntegramente considerada.

Interpreta que, la lesión física de carácter permanente de T., que ocasione o no un daño económico, debe ser indemnizada como valor del que la víctima se ha visto privada por el resto de su vida, aun cuando no haya ejercido ninguna actividad lucrativa, puesto que la reparación comprende no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad en su integridad.

Cuestiona que, para la determinación de ésta indemnización se haya utilizado como parámetro el Salario Mínimo Vital y Móvil, ello principalmente en función del proceso inflacionario que sufre nuestra economía.



Aduce que, la rigidez de la fórmula financiera "Vuoto" y lo expresado por la CSJN en oportunidad de referirse a ella en "Arostegui" (8/04/2008), llevó a que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, modificara la fórmula mencionada, procurando una más justa composición en la reparación de los daños provocados por un siniestro ocasionado por el trabajo. Así fue en el precedente "Méndez" (28/04/2008) donde, manteniendo el esquema de la fórmula financiera, se intentan sortear las observaciones de la CSJN respecto de las falencias de Vuoto, modificando algunas variables: I) Extiende la vida productiva del trabajador hasta los 75 años; II) Baja la tasa de interés al 4%.

En tercer lugar, se agravia por el monto del daño moral otorgado al menor, al considerarlo exiguo frente al daño patrimonial solicitado.

A fs. 506/508 vta., la aseguradora contesta los agravios y pide su rechazo con costas.

II.- c) Agravios de la parte demandada

En primer lugar, manifiesta que le causa agravio que no se haya tenido por acreditada la culpa de la víctima, cuando de las propias manifestaciones de la parte actora surge que hubo una activa participación en el evento dañoso, toda vez que no circularon con los elementos de seguridad -como cinturones reglamentarios, silla de seguridad para el menor-, situación que no sólo esta penada por ley, sino que podría haber evitado las consecuencias negativas del impacto.

En segundo lugar, considera elevados los montos establecidos en concepto de reparación, en base a la prueba producida y a la responsabilidad que le atribuye a los actores.

En cuanto a la incapacidad de T., expresa que el informe médico es sólo un dato técnico a los fines de evaluar la procedencia del rubro, no obstante ello, el tribunal lo ha utilizado en forma excluyente, lo cual le genera indefensión y



arbitrariedad, ya que se trata de una persona de un año de edad y con atenuantes que no han sido valorados al momento del cálculo matemático.

Respecto del daño moral establecido a favor del niño, indica que resulta excesivo y sin fundamentos válidos.

En cuanto al daño moral y psíquico de la Sra. Correa, lo considera improcedente e incongruente con lo dictaminado en la sentencia, donde por un lado se menciona que no presenta secuelas físicas al no registrarse relación de causalidad entre el evento y los padecimientos, pero sorpresivamente se establece que este hecho provoca indemnización por daño moral y gastos de tratamiento psicológico, todo ello atribuible al demandado.

En cuanto a las costas, en función de lo dispuesto en relación a la responsabilidad de los demandados, solicita que las mismas sean distribuidas en función del art. 71 del CPCyC.

A fs. 503/505, contesta agravios la actora y peticiona su rechazo con costas.

III.- Por razones metodológicas y de buen orden, comenzaré con el tratamiento de los agravios expuestos por el demandado Daniel Domingo Ponce, quien cuestiona la responsabilidad total en la producción del evento dañoso, que le fuera atribuida en la sentencia de primera instancia.

En efecto, su crítica principal se focaliza en la falta de utilización de los elementos de seguridad (cinturón y silla para niños) por los ocupantes del vehículo de la parte actora.

En tal sentido, cabe traer a colación lo expuesto por doctrina especializada en la materia: "Si bien es cierto que utilizar mecanismos de seguridad en el vehículo suele aminorar el impacto de los accidentes, ello no es una regla absoluta, pues perfectamente el mecanismo puede ser neutro y el daño sobrevenir igual. Ello ocurre,



paradigmáticamente, con los cinturones de seguridad y air bags, cuando se producen colisiones frontales de vehículo a mayor velocidad de cien kilómetros por hora, donde el acortamiento del chasis absorbe el impacto y las personas son destrozadas por los materiales retorcidos con o sin cinturones de seguridad, normalmente. Por eso, el juez no debe caer en abstracciones y asignar responsabilidad a quién no utilice el mecanismo de seguridad, sino realizar un juicio de adecuación causal y ver, en el caso concreto, cómo contribuyó causalmente al resultado la falta de uso del mecanismo..." (Responsabilidad por Accidente de Tránsito- Marcelo J. López Mesa- T I, Pág. 487- Ed. La Ley).

Así entonces, al analizar los antecedentes fácticos que surgen del informe accidentológico obrante a fs. 315/321 de autos, en donde el perito Ingeniero Mecánico, al referirse a la velocidad de circulación del automóvil conducido por el demandado, expresó: "Para calcular la velocidad del Ford Falcón debemos tener en cuenta todas las energías disipadas en el pre, durante y en el post-impacto. Si bien existen diversas pérdidas de energía, por rozamiento, por calor, por deformación, etc., hay una de ellas que será preponderante en el proceso y que es fácticamente calculable a partir de los desplazamientos sufridos y los correspondientes coeficientes, que es la energía disipada por rozamiento...".

Luego, en función de fórmulas que expone: $v=26,8482 \text{ m/seg.} = 96,6536 \text{ km/h}$, concluye: "Esta será la velocidad técnica mínima que desarrollaba el FORD FALCON instantes previos al impacto... **Esto nos permite poder afirmar, que la velocidad real de circulación del FORD FALCON superaba con creces los 100 km/h...**". (el destacado es propio).

Consecuentemente, las consideraciones volcadas por el demandado recurrente, sobre la falta de utilización del cinturón de seguridad y de la silla para el niño, al tener en



cuenta la velocidad que le imprimiera a su Ford Falcón al momento del impacto, no resultan suficientes en el caso, para atribuir algún grado de responsabilidad a los actores, por lo que propiciaré el rechazo del presente agravio.

En lo que respecta a los restantes agravios, relativos los montos otorgados en concepto de daño físico y moral, al ser común a todos los recurrentes, serán tratados en forma conjunta.

Incapacidad física o sobreviniente

Por un lado, y en cuanto a la crítica de la Aseguradora respecto al informe pericial médico producido en autos, debo decir que, para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En este punto, debe señalarse que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado.

En el caso concreto, el cuestionamiento de la aseguradora, en cuanto a que del informe médico no surge cómo el experto observó las secuelas descriptas en el mismo (leve deformación anatómica por acortamiento y angulación del fémur



derecho), no resulta suficiente para apartarnos de sus conclusiones, ello en función de que, al inicio del referido informe se manifestó que su confección ha sido realizada teniendo en cuenta: "1) El análisis y evaluación crítica de los antecedentes médicos y administrativos, disponibles hasta la fecha, en ese mismo expediente judicial. 2) El reconocimiento Clínico Pericial que -personalmente- he efectuado a la Sra. María Alejandra CORREA y al menor T. M. C., en lugar, fecha y lugar preestablecidos. 3) La consulta de bibliografía médica y jurídica, relacionadas con este caso concreto..." (fs. 345).

En relación a las lesiones padecidas por T., el galeno manifestó: "... El examen físico permitió comprobar la presencia de moderadas secuelas anatomo-funcionales, de ambos periciados, que pueden resumirse de la siguiente manera: II.a) El menor T. M. C. presenta, a nivel de su muslo derecho, esto es en la zona anatómica donde se denuncia las principales lesiones traumáticas sufridas, una leve deformidad anatómica, que no duele, por el momento, pero que determina una muy ligera disbasia (dificultad para la marcha y la carrera), por acortamiento y angulación del fémur derecho..." (fs. 345).

El dictamen en este aspecto, guarda relación con la lesión indicada por la médica del servicio de pediatría del Hospital Regional Neuquén (fs. 7) y con la historia clínica (fs. 45/50 de la causa penal adjuntada).

Por otra parte, no existen en la causa otros medios de prueba de relevancia comparable o superior a la que en el caso reviste la prueba pericial, que persuadan que las conclusiones del experto hubieran debido ser dejadas de lado por la magistrada (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial" publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

En este contexto, la crítica efectuada sólo traduce disconformidad con lo decidido pero no se aportan



razones suficientes para desechar la decisión jurisdiccional de no apartarse de lo dictaminado por el perito (me remito a los términos de la pericia obrante a fs. 345/349), máxime cuando dicha prueba ni siquiera ha sido impugnada por la aseguradora recurrente.

Por tanto, las consideraciones médicas efectuadas en el peritaje resultan concordantes con los antecedentes médicos obrantes en la presente y en la causa penal, por ello, y, ante falta de prueba concreta que desvirtúe dicho informe, resulta suficiente para confirmar la sentencia de grado en este aspecto.

En lo que respecta a la existencia, extensión y gravedad de las lesiones sufridas con motivo de un accidente de tránsito, cabe remarcar que existen dos clases de incapacidades, una es la laboral, que impide al individuo en forma temporal o permanente, desempeñarse en su trabajo y otra es la fisiológica o biológica, que es aquella que puede sufrir toda persona, desarrolle o no una actividad lucrativa, y que le imposibilita para realizar la vida normal que desarrollaba hasta el momento de sufrir las consecuencias de un evento dañoso.

De allí que, para graduar la cuantía de la indemnización por incapacidad sobreviviente, no sólo se debe valorar lo que la incapacidad impide presuntamente percibir durante el lapso de vida útil, sino también la disminución de las posibilidades, edad de la víctima, su cultura, profesión, estado físico, sexo, ello en función de que el aspecto laboral es sólo un aspecto más a tener en cuenta, pues el daño se trasunta en la totalidad de la vida de relación del damnificado. (Conf. Responsabilidad por Accidente de Tránsito- Marcelo J. López Mesa- T° I, Pág. 632/633- Ed. La Ley).

En base a dicha premisa, y en atención a que T., por su escasa edad no presente en la actualidad incapacidad de índole laboral, conforme surge del dictamen médico, sin



embargo, con motivo del accidente ha padecido lesiones que le han provocado incapacidad física, por lo que en función de las características de las mismas conforme fueran descriptas por el experto, corresponde fijar un importe por tal concepto.

En relación a la cuantificación por incapacidad física, esta Sala III ha sostenido que resulta absolutamente limitante asentarse sólo en una fórmula matemática para determinar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por un ser humano, ella debe ser pauta orientadora al basarse en datos objetivos, más de ninguna manera la resolución formal de la indemnización, debiendo contemplarse otras pautas como por ejemplo la vida más allá de lo laboral y la posibilidad de mejora económica, en vistas a una reparación integral de acuerdo a las circunstancias particulares invocadas y acreditadas ("MELO MONICA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y PRESPOSABILIDAD CONT. ESTADO" (Expte. N° 381265/8, Sentencia del 06 de agosto de 2013).

La doctrina reflexiona: "El uso de una fórmula matemática se presenta como una buena aproximación a esta tarea, pero nunca como suficiente e inflexible (fórmula estereotipada). Las matemáticas son un instrumento valioso en tanto posibilitan el uso de un lenguaje expresado racionalmente, que a la vez de cumplir los recaudos técnicos procesales y sustanciales, sirve de control a las partes. Nada obsta que en el método de cálculo se realicen reajustes y/o correcciones a la fórmula propiciada como de uso general, si ello es impuesto por el caso concreto" (Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ VALUACION DEL DAÑO ~ CALCULO DE LA INDEMNIZACION ~ INDEMNIZACION ~ PRUEBA ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ INCAPACIDAD SOBREVINIENTE ~ DAÑO MORAL ~ CONDICIONES PERSONALES DE LA VICTIMA ~ TASA PASIVA ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ MULTA ~ DAÑO PUNITIVO, Título: Monto de la indemnización civil ¿resarcimiento o dádiva simbólica? Autor:



Betancourt, Rodrigo Darío, Publicado en: LL Gran Cuyo 2010 (diciembre), 1061, Cita Online: AR/DOC/7754/2010).

La jurisprudencia de la Corte de la Provincia de Bs. As. ha dicho: "...Para la determinación y tasación de las indemnizaciones a conceder por pérdida del valor vida o por incapacidad sobreviniente, he sido -y lo sigo siendo- un ferviente impulsor de la recurrencia, por parte de la magistratura, a fórmulas de matemática financiera o actuarial como las contenidas en las tablas de amortizaciones vencidas a interés compuesto y de uso habitual en los Tribunales de Trabajo. Desde ya que, con claro sentido de que tales fórmulas han de jugar como un elemento más al lado de un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación. Su empleo (o al menos el conocimiento del resultado que ellas arrojan para cada caso concreto en aquellos magistrados que se rehúsan a estamparlos en sus sentencias por el temor al reproche de que ellas serían el fruto más de la matemática que del derecho) es útil 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..."(Dr. Roncoroni en "Domínguez c/Sanatorio Modelo de Quilmes S.A.").

Desarrolladas como orientadoras para cuantificar en el tiempo las consecuencias del daño provocado a las víctimas las conocidas fórmulas "Vuotto" y "Méndez", provenientes de los fallos "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina (CNAT, Sala III Sentencia N° 36010) y "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ Accidente" (CNAT, Sala III, Sentencia N° 89.654), se ha criticado a la primera su insuficiencia por no incluir en ella la pérdida de la chance, tal como lo advirtiera la C.S.J.N. en el fallo "Arostegui, Pablo Martín c/



Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. s/RECURSO DE HECHO" (A. 436. XL Sent. 08 de abril de 2008) en el que se destaca como valor indemnizable los daños provocados a la víctima en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, entre otras, y fundamentalmente, la afección de verse privada de la posibilidad futura de ascenso en su carrera.

De ello que en la forma de cálculo propiciada en "Méndez" (Sent. 28 de abril de 2008) se mantiene el esquema de una fórmula financiera, modificando variables de manera de satisfacer las exigencias de integridad y actualidad de la reparación pecuniaria, de tal forma de mejorar y eliminar las falencias de la fórmula "Vuoto", elevando la vida productiva de los trabajadores a 75 años de edad -antes de 65 años-, y reduciéndose la tasa de interés al 4%, para mantener el poder adquisitivo original.

Indudablemente, al momento de utilizar una fórmula matemática que colabore con la ardua misión de determinar el resarcimiento de la incapacidad o la vida de una persona, puede ser de gran utilidad esta nueva receta, dado que introduce mayores variables de la realidad del caso.

En el caso particular, juzgo que es la que mejor se adecua a los fines de determinar a través de pautas objetivas y debidamente fundadas, la indemnización que corresponde otorgar al damnificado como consecuencia de los daños físicos provocados por el accidente.

De acuerdo con la sentencia de grado, la indemnización fijada por tal concepto fue determinada tomando como base la fórmula de matemática financiera, para una incapacidad del 21,33%, la edad del menor al momento del hecho (16 meses), el valor del salario mínimo, vital y móvil -al momento del infortunio- y una renta estimada del 6% anual.

La actora se agravia por este procedimiento, tanto por la base económica considerada cuanto por la edad



tope (65 años). Esta Cámara (Sala II) ya se ha expedido respecto de la procedencia de utilizar la fórmula de matemática-financiera con el objeto de contar con una base objetiva a efectos de fijar el quantum indemnizatorio, pero, sin que ello importe su aplicación fría y mecánica, sino que su resultado debe ser ponderado de acuerdo con las particulares circunstancias de la causa. En este sentido es que se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Puddu c/ Sequenza S.A." (DT 1987-B, pág. 2144), donde el tribunal descalificó la indemnización determinada por el solo procedimiento de aplicar esta fórmula, desentendiéndose de las constancias del expediente (en el caso, sin prueba del daño real).

La ineficacia de la aplicación rígida de la fórmula matemática financiera o cualquier otra, a los fines de evaluar en la órbita civil el daño en su integridad aparece aún más clara en casos como el de autos, donde la víctima, en función de su escasa edad (16 meses) no percibía ningún salario.

Es evidente que la incapacidad que presenta el niño, producto del accidente, le ocasiona un daño a su integridad física en sí misma considerada, ya que se ha vulnerado su derecho a la salud, afectando su cuerpo. Además, no puede dejar de considerarse que esa disminución de la capacidad física tendrá probablemente una proyección en su futuro cuando, de acuerdo con su evolución, tenga la posibilidad de cursar estudios superiores o de insertarse en el mercado laboral.

Si bien el porcentaje de incapacidad (21,33%) y la edad del niño al momento del accidente (16 meses) no se encuentran controvertidas, sí lo está el salario utilizado en la resolución de origen -a la fecha del hecho (2/12/2007) era de \$980-, pues la actora recurrente pretende que se utilice el vigente al momento del dictado de la sentencia (10/11/2014), que era de \$4.400.



En definitiva, considero que no asiste razón a la parte actora recurrente en este punto, toda vez que, como pauta objetiva y tal como se ha expedido esta Cámara en reiteradas oportunidades, se debe adoptar el utilizado en la anterior instancia, ya que lo contrario implicaría una alteración del capital configurativa de un enriquecimiento indebido, porque a dicha suma también se le adicionarán los intereses fijados en la sentencia de grado, vale decir, la tasa activa del BPN S.A. desde la fecha del hecho dañoso hasta el efectivo pago.

En consecuencia, propongo al acuerdo que, de conformidad con la fórmula de cálculo propiciada en la causa Méndez (SMVM al 12/12/2007: \$980; Incapacidad: 21,33%), la suma por este rubro deberá ser elevada a: **\$202.238**, con más los intereses fijados en la instancia de grado.

Tomo así el máximo que resulta de la citada fórmula por las circunstancias fácticas del caso, que contiene algunos aspectos que escapan a la generalidad, como la corta edad del niño al momento del evento dañoso (18 meses), la posibilidad de verse disminuida su capacidad al intentar ingresar al mercado laboral, como la frustración del desarrollo pleno de la vida.

En cuanto al importe fijado por **daño moral** de T. y de su madre, cabe decir que el mismo no es de fácil determinación, toda vez que se encuentra sujeto a una prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, los padecimientos experimentados a raíz de las lesiones sufridas y la incertidumbre sobre un futuro incierto; es decir, que los agravios se configuran en el ámbito espiritual de quien los padece y no siempre se exteriorizan.

Al estudiar las particularidades del caso concreto, se debe tener presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer en la medida de lo posible,



el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Por otra parte, se debe descartar la posibilidad de su tarifación en proporción al daño material; y sí debemos atenernos a las particularidades de la víctima, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, los placeres compensatorios y las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida".

En tal sentido esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho que: "Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión".

"...la cuantificación del daño moral no precisa de probanza alguna, desde que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos, cuya determinación debe hacerse en base a la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios materiales admitidos".

Al examinar la procedencia de su indemnización y el ámbito de la extensión del resarcimiento a concederse del daño moral, el juez tiene que tomar en cuenta el daño causado a una persona determinada que lo sufre, pero comparándolo también con un término medio imaginario, de modo de no convalidar reclamos desproporcionados producto de excesivas susceptibilidades...El juez debe tener en cuenta fundamentalmente las circunstancias concretas del caso. Así, se ha dicho correctamente que el principio de individualización del daño requiere que la valoración de la indemnización del daño moral compute atentamente todas circunstancias del caso, tanto la naturaleza objetiva -la índole del hecho lesivo y sus repercusiones-, como las



personales o subjetivas de la propia víctima (Marcelo J. López Mesa- Responsabilidad por Accidentes de Tránsito- pág. 565/566- ed. La Ley).

En relación a T., nos encontramos ante un niño que al momento del accidente contaba con tan solo 16 meses, y que como consecuencia del mismo sufrió una serie de lesiones (ver pericia médica de fs. 345/349) que le han provocado una incapacidad parcial, permanente e irreversible del 21,33%.

Por tales motivos, atendiendo a las características del hecho generador -accidente de tránsito-, las condiciones personales del afectado, un niño de casi un año y medio que, a raíz del accidente, se le determinó una incapacidad del 21,33%, considero que el monto fijado en la instancia de grado (\$40.000), resulta insuficiente.

Por lo tanto, de conformidad con el art. 165 del Código de Procesal, la suma concedida por daño moral, al ser valorada en su justa medida, deberá elevarse a **\$120.000**, con más los intereses conforme fueran determinados en la instancia de grado.

En otro orden, no comparto la crítica vinculada a la procedencia del daño moral de María Alejandra Correa, pues conforme surge de fs. 83 de la causa penal: "Ponce, Daniel Domingo s/ Lesiones Culposas Reiteradas (2 hechos) en concurso ideal, una de ellas calificadas" (Expte. N° 5008/2009), ella ha sufrido lesiones que demuestran que los padecimientos derivados del accidente exceden de los normarles y previsibles de todo hecho violento.

Asimismo, en la pericia Psicológica de fs. 324/326 se observa que: "En el caso de María Alejandra el accidente de tránsito padecido en diciembre de 2007 influyó negativamente en los estados de salud psíquica. A partir del mismo, se instaló en ella una sintomatología propia del stress postraumático, siendo el accidente una vivencia de índole



estresante y en donde no se puede afrontar la adversidad de dicha vivencia...”

“El accidente provocó un impacto negativo en la vida de la actora, fundamentalmente en el peligro de vida que implicó en su realidad material y psíquica. A su vez, por el hecho de estar en el auto junto con su familia, y después del accidente verse incapacitada para poder ayudar a su familia y especialmente su hijo T., quien estuvo internado en graves condiciones en simultaneo con su madre hizo que este hecho vital en la vida de la entrevistada resulte disruptivo y de carácter traumático...Se evidencia nexo causal con los hechos investigados en autos...”.

Consecuentemente, propongo la confirmación de la procedencia del ítem daño moral de la señora María Alejandra Correa.

En relación al cuestionamiento referido a la procedencia de los gastos por tratamiento psicológico de la Sra. Correa (\$28.800), debo decir que, en nuestro derecho, en función del principio de reparación integral, nada impide admitir el resarcimiento de los gastos necesarios para procurar la atención psicológica, pues, acreditada su necesidad, nos encontramos ante un daño futuro pero cierto.

Del informe Psicológico se desprenden como vimos párrafos más arriba, una serie de consideraciones que ameritan consagrar la procedencia del tratamiento indicado por la especialista, debido a que la actora se ha visto afectada negativamente por el accidente, circunstancia que es lógica si se tiene en cuenta que en dicha oportunidad circulaba junto a su familia, resultando lesionada no solamente ella, sino también su hijo T. Además, en el mismo se destaca la relación de causalidad existente entre el accidente y la necesidad de que -ante las situaciones traumáticas vividas- la señora Correa comience con tratamiento psicológico.



En este último aspecto, la especialista expresa: "De comenzar un tratamiento psicoterapéutico Alejandra Correa podría elaborar los conflictos emocionales ligados al evento traumático. Se estima como mínimo dos años de tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia de dos veces por semana a razón de ciento cincuenta pesos la sesión, dependiendo de la profesional tratante...".

Así, en cuanto a la procedencia de los gastos relativos al tratamiento psicológico, diré que tal como surge del dictamen (fs. 324/326 y fs. 369), la especialista ha aconsejado que la demandante lo efectúe por un período mínimo de dos años con una frecuencia semanal de dos veces por semana, estimando que su valor puede ser de \$ 150,00 por sesión.

En base a lo expuesto, advierto que la sentencia de grado ha tenido elementos de prueba suficientes para, no sólo declarar la procedencia del rubro en cuestión, sino también para determinar su quantum en \$28.800, que resulta de multiplicar el precio de cada sesión (\$150) por las 192 que se llevarían a cabo durante los dos años de tratamiento, con una frecuencia de dos veces por semana.

Por tal motivo, propiciaré al Acuerdo el rechazo de este agravio.

En otro orden, respecto a la crítica de la actora por el rechazo de los gastos de farmacia, radiografías y asistencia médica, observo que en función de las lesiones sufridas por los reclamantes con motivo del accidente, las que se encuentran debidamente detalladas en la prueba pericial obrante en la causa, los mismos resultan procedentes.

Ello así, debido a que no obstante no haberse probado los gastos detallados en la demanda, es de ordinario una consecuencia lógica de las lesiones sufridas por ellos.

En ese orden, la Jurisprudencia ha dicho: "Los gastos médicos y de farmacia no exigen necesariamente la



prueba acabada de su existencia si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento al que fuera sometido la víctima y la circunstancia de haber sido atendida en centros asistenciales públicos no es óbice a la procedencia del rubro toda vez que no se desvanece aún la atribución de elegir otro servicio médico que se considera con más condiciones para atender una posible interconsulta" (Autos: SEYGAS NORMA I c/ TRONCOSO SERGIO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - N° Sent.:33877 - Civil - Sala K - Fecha: 17/12/1993).

"Para la concesión de los rubros, gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf., C. N. Civ., Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. íd., L. 61.092 del 22/2/91; íd., L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto, sabido es, que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan" (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/MARTINO Mario Rafael s/DAÑOS Y PERJUICIOS - N° Sent.:14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994).

"La procedencia del resarcimiento de gastos de asistencia medica, honorarios, medicamentos, etc., ocasionados como consecuencia de un accidente de tránsito, no requiere necesariamente la presentación de recibos ni facturas; lo que si es menester es que los gastos invocados guarden relación con las lesiones sufridas por la víctima y encuentre apoyatura en informes médicos, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial" (En igual sentido: sala E, 10.9.03, "Duran, Rodolfo Fidel c/ Interpar SA s/ sumario")(Autos: ANGRIMAN DE GARCIA TORRES ADELINA C/ PERALTA JOSE S/ SUM. - Sala: E - Mag.: RAMIREZ - GUERRERO - ARECHA - Fecha: 27/05/1991).



Además, dentro del concepto de gastos, se incluyen los necesarios para que el afectado pueda trasladarse a los centros asistenciales y los de farmacia, todas estas circunstancias justifican el monto que por tales conceptos reclaman los actores, por lo que -conforme las facultades que confiere el art. 165 del Ordenamiento procesal- fijo tales rubros en la suma de **\$1.000**, de conformidad a lo reclamado en la demanda, con más los intereses que fueran determinados en la sentencia de grado.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la modificación del fallo de primera instancia, y en consecuencia, de conformidad con lo analizado precedentemente, se eleve la condena a favor de la señora María A. Correa a la suma de **\$49.800**; y en relación a T.M.C., ampliar el monto establecido en la anterior instancia -daño físico y moral-, a la **\$322.238**. Ambas sumas con más los intereses fijados en la sentencia de grado. En función del resultado obtenido las costas de Alzada se impondrán a las demandadas perdidosas, determinándose oportunamente los honorarios de Alzada conforme las pautas del art. 15 L.A.

El Dr. Federico Gigena Basombrio
dijo:

I.- En relación a los agravios vertidos por el demandado entiendo que ellos carecen de todo sustento.

En efecto, no se encuentra controvertido, conforme resulta de los términos de la sentencia y la prueba producida, que el automotor conducido por el accionado cruzó la calle sin respetar la luz roja que le impedía circular y dicha falta reviste suficiente entidad como para que dicho accionar absolutamente irresponsable y mas a la velocidad a la que circulaba, lo torne responsable exclusivo del accidente.

Por otro lado no se advierte ni se ha alegado la existencia de relación de causalidad entre el accidente y la supuesta falta de uso de los elementos de seguridad ya que su



ausencia, en todo caso, puede valorarse en relación a los daños pero en modo alguno con respecto al hecho en sí.

Sobre el tema sostuve en autos 349583 en sentencia dictada el 25 de octubre del 2.011, en conceptos que pueden ser trasladados al caso de autos:

En consecuencia dicha queja no habrá de prosperar, teniéndose por cierto que al momento del accidente el actor circulaba en su motocicleta sin el casco reglamentario.

Luego y en relación a la atribución del 10 % de responsabilidad, entiendo que le asiste razón al actor pues en orden a valorar la eximente de responsabilidad en el marco jurídico otorgado a la cuestión, esto es el artículo 1.113 del Código Civil -responsabilidad objetiva- es preciso evaluar la cuestión de la relación de causalidad como requisito para el nacimiento de la responsabilidad.

*Señala Aída Kemelmajer: "En este campo, el de la responsabilidad civil ... la relación de causalidad **cumple una doble función**: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuírsele un resultado dañoso y, por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias ..." (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en SC Mendoza, sala I, marzo 26-992 Buel c. Compañía de Perforaciones Rio Colorado L.L.1992-C-115 y sges.)*

Esta circunstancia también es puesta de relevancia por los Dres. Alterini y Lopez Cabana: "Los desencuentros terminológicos: El tema, durante mucho tiempo, fue eludido por los civilistas, quizá porque -como afirmaba Pollok- "las aguas de la filosofía están muy cerca. Tal vecindad hace sobresalir el riesgo de los desencuentros terminológicos, que suelen complicar gravemente a las ciencias



discursivas; "Los autores -decía Stuart Mill- emplean el mismo lenguaje para exponer ideas diferentes. Esta observación es aplicable a la moral y a la jurisprudencia tanto como a la lógica... e) Por fin, suele soslayarse una doble función propia de la teoría de la relación de causalidad: la determinación de quién responde (tema de autoría) y la de por cuáles consecuencias lo hace..." ("Presunciones de causalidad y de responsabilidad" Alterini-López Cabana L.L 1986-E-981)

En ese orden de ideas, Mosset Iturraspe sostiene: "...El artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, al comenzar con las eximentes menciona: "... sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima ...". La doctrina nacional, autoral y jurisprudencial, discrepa acerca de si la liberación proviene del "hecho de la víctima", culpable o no culpable, o de la "culpa de la víctima", entendida entonces como hecho imputable a un factor subjetivo; descartando, por ende, los hechos no imputables."

"Desde tiempo atrás nos hemos adherido, absolutamente convencidos, a la primera postura; las razones son las siguientes: 1) Lo que está en debate, tanto en este caso como en las otras eximentes relacionadas -hecho del tercero, hecho del Estado, hecho de la naturaleza, **es una cuestión de autoría y no de imputación**. Yo no respondo si no causé el daño; si otro fue el causante, es él y no yo el responsable; y si es la propia víctima quien lo causó con su obrar, a nadie puede reclamar reparación..." (Mosset Iturraspe, Jorge Piedecabras, Miguel, Accidentes de Tránsito, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009 pp. 49/50).

En el caso de autos no puede decirse que el actor haya sido autor del daño, -primera dimensión del elemento relación de causalidad- sin perjuicio de que al momento de dimensionar la indemnización la omisión de utilizar el casco pueda ser tomada en cuenta para efectuar una discriminación de los daños por los que debe responder el demandado, así: "... ha



llegado a resolverse que la ausencia de casco protector en la víctima, aunque no revista el carácter de causa eficiente en la producción del siniestro, ha de tenerse en cuenta si contribuyó a magnificar las lesiones padecidas por aquélla.” (López Mesa, Marcelo, Responsabilidad Civil por accidentes de automotores, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005 pp. 571).

Esta última doctrina pone de relevancia la relación de causalidad en la segunda dimensión aludida.

De acuerdo a la mecánica del accidente descripta, es posible reconstruir el accidente de conformidad a los dichos del actor en cuanto a que él era quien contaba con la prioridad de paso al momento del accidente, de modo tal que fue el accionar del demandado el que ocasionó el siniestro, y no la falta de caso que sin perjuicio de resultar antirreglamentaria, no fue lo que ocasionó el accidente.

Las dos dimensiones de la relación de causalidad permiten, por un lado determinar el responsable pero a la vez que la obligación que a éste le puede caber no asumirá un límite mayor que el del propio daño causado, de este modo al analizar los daños será preciso analizar si los daños causados en la cabeza le pueden ser atribuidos totalmente ya que es claro que de haber usado casco los mismos hubieran sido menores.

En consecuencia y partiendo de ser cierta la afirmación de la demandada en relación a la falta de uso de elementos de seguridad, lo cierto es que los mismos no son causa del accidente, con lo cual su queja no puede tener andamio.

II.- Incapacidad física del menor.

Coincido con el voto que antecede en lo que se refiere a la consideración del valor probatorio atribuido a la pericia médica y por lo tanto estimo adecuado el porcentaje fijado en la sentencia dado que los argumentos que lo cuestionan no son suficientes para apartarse de ellos, según



correcto análisis que realiza el colega y que, reitero, comparto.

Ahora bien, con relación a la cuantía del ítem en cuestión señalo que las críticas vertidas por la demanda y su aseguradora no serán receptadas toda vez que, como se dijo, el porcentaje de incapacidad tomado en consideración resulta adecuado a la prueba producida.

En segundo término no se ha aceptado la postura de que existió culpa de la actora ya que, como se indicara, la responsabilidad por el hecho le corresponde a la accionada en su totalidad.

A ello se agrega que el hecho que sea menor al momento del accidente no significa que no pueda reclamar por una incapacidad que le generará una posible disminución de los ingresos al momento de su ingreso al ámbito laboral toda vez que las lesiones y sus consecuencias, como bien explica el perito, son permanentes.

En cuanto los agravios vertidos por la actora entiendo que serán receptados parcialmente.

En efecto, tal como hemos señalado la fórmula de la matemática financiera constituye una pauta de referencia con lo cual su resultado es un punto de partida para el análisis y puede ser disminuida o aumentada conforme las particularidades del caso.

Sobre el punto hemos dicho (causa "DIAZ RUBEN C/GARCIA MARCELO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. N° 693-CA-99), que:

A fin de calcular el resarcimiento, ya sea por incapacidad o muerte, no debe estarse al mero cómputo de los ingresos que hubiera podido percibir el afectado durante el curso de su vida útil, sino que debe tenerse en cuenta lo que resulta de las constancias particulares de cada caso, utilizando la facultad judicial que la ley le otorga al Juez para determinar el monto de los perjuicios cuando no resulta



justificado su importe y esté comprobado legalmente su existencia, conforme lo determinan expresamente el artículo 1.084 in fine del Código Civil y 165 del Código de rito, sin perjuicio de tomar como pauta orientadora la fórmula prevista por la matemática financiera (JUBA7-NQN- Q0000403).

Asimismo, al tenerse por probada la existencia de una incapacidad resulta nítida la obligación de indemnizar, aun cuando no se haya acreditado que el demandante ha tenido que dejar de trabajar o ha visto disminuido sus ingresos y ello, por cuanto, toda disminución de la integridad física es materia de obligado resarcimiento, dentro de lo cual deben incluirse la merma de las aptitudes físicas del individuo como secuelas de un accidente, ya que ello se ha de proyectar sobre todas las esferas de la personalidad, incluyendo la laboral. Es que la indemnización por incapacidad debe cubrir la eventual posibilidad de que, en un futuro, necesite usar de la capacidad de trabajo disminuida por el hecho dañoso (PS.1987-VI-1056/1060) (JUBA7-NQN- Q0001757).

Por último sostuvimos que, al no regir en el fuero civil las indemnizaciones tarifadas, los porcentajes estimados pericialmente no pasan de ser un dato mas a considerarse, de los que corresponde valorar las circunstancias concretas del caso como son la edad, el sexo, situación familiar, ocupación habitual etc., las que permitirán traducir, a una cifra con criterio de prudencia, los probables ingresos futuros de los que la víctima se verá privado" (CNCiv. Sala G, 24-8-95, DJ del 17-4-96, p g. 768)(JUBA7-NQN-0001760).

Asimismo en la causa "Tapia" (Expte. N° 357062/2007, del 15/05/14), sostuve que;

En tal sentido estimo apropiado seguir con las pautas consideradas por esta Sala en un precedente en el que la víctima también era una menor (Expte. N° 312499/4, del 17/06/2010), en esta Sala, dijimos allí que;



"Al respecto esta Sala ha reiterado en sucesivas ocasiones el uso de la fórmula matemático financiera como un modo de arribar a la suma teniendo en cuenta parámetros que admiten ser calificados de "objetivos".

"En orden a ese cálculo se tienen en cuenta aspectos tales como el salario, la incapacidad sobreviviente y la expectativa de vida laboral, no por ser los únicos elementos a evaluar, sino porque en la generalidad de los casos dichos parámetros otorgan un valor que resulta adecuado y -porque no decirlo- al tratarse de números y cifras esa circunstancia genera el efecto de alejar a la suma de dinero resultante de la calificación de "arbitraria".

"Sin embargo, el caso de autos presenta aspectos que escapan a la generalidad, puntualmente por la corta edad de la víctima al momento del hecho y luego, lo alejada que se encuentra del inicio de su vida laboral como para efectuar una vinculación directa de ambos elementos sin hacer incidir ningún otro".

"En este aspecto considero oportuno hacer más las palabras de la Dra. Argibay que, aunque referidas a una cuestión de culpabilidad y graduación de la pena- entiendo resultan una reflexión apropiada para el presente: "Para asegurar decisiones razonables en este terreno no hay métrica, sino procedimientos: lo que cabe y debe exigirse es el respeto riguroso del derecho a alegar y probar todo lo que pueda contribuir a que los jueces tomen una decisión sensata. Por eso, también debe exigirse que tales elementos de juicio tengan un peso en la decisión de los jueces y no sean simplemente ignorados en favor de una predeterminación caprichosa. Así, las elucubraciones dogmáticas que pretenden, cual si fuera una fórmula matemática, poner tasa a la culpabilidad, -en el caso la incapacidad física de una niña de 3 años sin posibilidad de referirla a una concreta vida laboral- no son más que intentos de apaciguar la incertidumbre



que sentimos frente a la inexistencia de un método capaz de medirla de forma exacta y unívoca..." (T. R. A. 8/4/2008 C.S.J.N.)".

Cierto es que la actora cuestiona la aplicación de la fórmula pero en realidad y según entiendo resulta de los términos de los agravios, la queja se refiere a su composición y a postular otra pauta objetiva de referencia.

Sobre el tema integrando la Sala II, he sostenido en forma reiterada:

En relación entonces a la aplicación de la fórmula de la matemática financiera y los parámetros a considerar, señalo que esta Sala y desde hace tiempo y sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen un cambio de postura, ha dicho que debe tomarse como limite la edad jubilatoria dado que a partir de dicho hecho, la pérdida posible de ganancia laboral queda descartada en función de la jubilación del trabajador y las consecuencias que la misma acarrea en relación al desempeño de tareas en relación de dependencia.

Así hemos dicho:

Al respecto, señalo que la aplicación de la fórmula matemático financiera como pauta orientadora de la indemnización la hemos sostenido reiteradamente entre otras en la causa Expte. N° 325.778-CA-2005:

*"Procede aplicar la **fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción**, a los efectos de cuantificar el lucro cesante futuro derivado de incapacidades laboral. Tal metodología 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-LEX DOCTOR).*

De igual forma, que;



"Si bien es cierto que los magistrados cuentan con amplias atribuciones para encuadrar la fijación del monto resarcitorio (arts. 1073 y 1074 del C.C. y arts. 165 del C.P.C.C.) no resultando imperativo acudir a estrictos y precisos criterios matemáticos para evaluar y graduar el monto de los perjuicios sufridos por quien reclama la reparación pecuniaria con fundamento en el derecho común, no es menos cierto que tal fijación tienen como objetivo actualizar el estado patrimonial anterior a los daños sufridos o reparar el daño sufrido al estado patrimonial futuro del damnificado, y en este aspecto entiendo que se tienen que individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto, todo ello con arreglo a elementos objetivos que resulten de la causa y a datos necesarios para que puedan reconstruirse las operaciones aritméticas que deban efectuarse. Considero que no se puede estar al mero arbitrio del juzgador, sino que éste debe brindar argumentos que permitan deducir porqué se llegó a una suma determinada y no a otra. Por tal razón **estimo prudente recurrir a la fórmula matemático-financiera como pauta de referencia** dentro del cual, sea en más o sea en menos, conforme las particularidades del caso, se determinará el monto indemnizatorio. Tengo para ello en cuenta que dicha fórmula se vale de elementos tales como los montos salariales, la edad de la víctima y la renta que produciría la suma a determinarse." (P.s. 1998 -III- 460/462, Sala II- "Cabeza German C/ Moño Azul S.a. S/ Accidente Accion Civil" LEX DOCTOR)."

En tal sentido entonces destaco que pese a lo afirmado por la actora lo cierto es que también postula la lisa y llana aplicación de una fórmula de la matemática financiera bien que con otros parámetros conforme se desprende de la parte final del agravio pertinente y el desarrollo que



al respecto formula una líneas mas arriba y dicha fórmula es la receptada en el voto que me precede, con lo cual estimo que la discusión se refiere a si se aplica o no la fórmula sino que fórmula debe utilizarse.

Como ya señalara no comparto la propuesta por la parte y si postulo que se tome como referencia la de la fórmula de la matemática financiera que he venido propiciando como integrante de la Sala II.

Pero como lo postulara el resultado debe valorarse conforme los restantes elementos existentes en la causa y que permitirán elevar o reducir el resultado arribado.

Al respecto, comparto el salario que se fija en la sentencia y así la Sala II, ha indicado que al no haber constancia de los ingresos, es dicho salario el que debe considerarse, salvo circunstancias particulares que puedan presentarse en el proceso y que permitan elevar el propuesto.

En el caso destaco que no corresponde tener en cuenta los salarios que percibían los padres del menor toda vez que se trata de la indemnización a favor del hijo menor y por otra parte en realidad los informados por el actor no justifican que se considere un salario casi tres veces superior al fijado, máxime si se tiene en cuenta que sería superior al percibido por la madre según lo expresado por los actores en la expresión de agravios.

En definitiva y conforme las pautas a que se aludiera a lo largo del presente y tomando en consideración la edad del menor al momento del accidente, los términos de la fórmula matemática financiera como pauta de referencia (que parten de considerar la edad a los 18), la índole del hecho generador de la responsabilidad, **y en especial las consecuencias que trajo el accidente al menor y sus consecuencias en el ámbito laboral, social que resultan previsibles claramente y que no se sabe en que ámbito puede**



llegar a desempeñarse laboralmente es que estimo adecuado fijar en \$140.000 el monto por el rubro en cuestión.

III.- Daño moral.

Abordando la queja sobre daño moral, hemos dicho sobre el tema, en la causa "Tapia" ya citada, que:

"... reúne el mismo carácter resarcitorio que el daño material, y la fijación del importe tendiente a resarcirlo no es de fácil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente exteriorizados. Su monto debe quedar librado a la interpretación que haga el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas. La relación entre el monto establecido para reparar el daño moral y material ha sido desestimado, generalmente, por nuestra doctrina y jurisprudencia como base para fijar el monto indemnizatorio" (JUBA7-NQN- Q0000405).

Asimismo, que:

"... para determinar la cuantía del daño moral, 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 supedite a la mera prudencia. En cambio hay que atenerse a su diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, la



armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite "la índole del hecho generador" en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del Código Civil)" (JUBA7-NQN-Q0000470).

En el mismo sentido, y estando involucrado un menor, sostuvimos en la causa ya aludida, que "Si bien, respecto al daño moral es lugar común referir las dificultades que importa su cuantificación, los síntomas por los cuales se expresa la aflicción, el dolor y la angustia que lo caracterizan generan pautas que resultan observables dependiendo circunstanciadamente de las características propias de los damnificados..."

Asimismo, señala Orgaz en la obra antes citada que: "... el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales: en estos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia, más o menos completa, entre el daño y al reparación. Con respecto al daño moral, en cambio, la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata en efecto de poner "precio" al dolor o los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas." (ob. citada pág. 226).

En una reflexión oportuna, en orden a determinar pautas para determinar el quantum se ha dicho que: "... la magnitud del bien jurídico lesionado, la intensidad del dolor, la gravedad del padecimiento espiritual, la repercusión del agravio en el ser existencial. También manifiestan que a los fines de valorar la gravedad del padecimiento, debe tomarse en



cuenta, en principio, el sufrimiento que a cada persona común ocasiona normalmente el hecho (criterio objetivo o abstracto) y en casos particulares la repercusión concreta generada en la víctima misma en función de su personalidad (criterio subjetivo o en concreto)..." ("La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador" Graciela Ritto-L.L 2008-B,334).

Así las cosas entiendo que el daño moral fijado a favor del menor resulta adecuado en función de la entidad de las lesiones y que en modo alguno debe servir como sustento para reducir su importe la edad del mismo a la fecha del hecho.

En cuanto al daño moral a favor de Correa entiendo pertinente el mismo en función de que las lesiones que padeciera y da cuenta el certificado de fs. 83 del sumario penal, que tengo a la vista, así como la historia clínica demuestran que los padecimientos derivados del accidente exceden de los normales y previsible de todo hecho violento, lo cual justifica la procedencia del rubro en cuestión.

De este modo, y teniendo también en cuenta los precedentes de esta Sala, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica es que considero que la suma referenciada guarda equidad con el caso planteado, razón por la cual y tomando en consideración la responsabilidad en el hecho el monto fijado en la sentencia resulta adecuado.

IV.- En relación a los restantes agravios coincido con el voto que me precede, adhiriendo a sus fundamentos.

V.- Por las razones expuestas propongo confirmar la sentencia apelada en lo sustancial, elevando el monto de condena a favor del menor en la suma total de **\$180.000** y el determinado a favor de la Sra. Correa en \$48.800. Costas de Primera Instancia a los demandados vencidos en lo sustancial. Las de Alzada se impondrán en el orden causado atento la forma



en que se resuelven los recursos deducidos por las partes. Los honorarios se diferirán para su oportunidad.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la **Dra. Cecilia PAMPHILE**, quien manifiesta:

La discrepancia que mantienen mis colegas preopinantes se ciñe al quantum de la reparación a otorgar a favor del menor T.M. tanto en lo que refiere a la incapacidad física como al daño moral.

Ambos magistrados asumen que 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.

También coinciden en la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque aclaran que la utilización de tales fórmulas debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Es decir, en ambos votos se indica que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En forma coincidente, 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).

Pese a estas coincidencias, arriban a distintos montos indemnizatorios, puesto que utilizan distintas fórmulas matemáticas

En este contexto, he de coincidir con el Dr. Gigena Basombrío en función de las particularidades de la causa.

2.- 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).

A mi criterio, ambas fórmulas empleadas por los jueces que me preceden en el orden de votación pueden ser consideradas como pauta de referencia a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula a la que alude el Dr. Gigena "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. En el caso, como explicaré mas adelante, aun con las dificultades que encierra suponer cuales serán las posibilidades de progreso futuro de un niño tan pequeño, estimo mas razonable suponer que su ingreso no se mantendrá en el mínimo vital y móvil durante toda su vida.

Luego, con respecto a la fórmula en la que se apoya el Dr. Ghisini -Méndez o Vuotto II- cabe referir que las variantes que introduce esta fórmula (referidas 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).

Ahora bien, 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" 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, y aun cuando creo útil tomar en consideración, como pauta de referencia, ambas fórmulas propuestas creo necesario dejar sentado que la indemnización a otorgarse no puede prescindir 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 casos 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).

* Coincido con el Dr. Gigena en punto a que, en los casos de ingresos desconocidos, esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época de suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.

En el caso que viene a revisión, se trata de un niño que al momento del accidente tenía tan solo 16 meses, que sufrió una fractura de fémur y recibió distintos tratamientos médicos (cfr. historia clínica fs. 158/164), lesión que le provoca, según el experto médico, una leve deformidad anatómica con ligera disbasia (dificultad para la marcha y la carrera). Así, tomando en consideración la edad del pequeño, su grado de incapacidad, el SMVyM y el resto de las variables aludidas, entiendo que la indemnización por incapacidad física debe incrementarse en la suma de 140.000.-, (pesos ciento cuarenta mil). He de adherir, entonces, en este aspecto del voto del Dr. Gigena Basombrío.



3.- En lo que refiere a la reparación por daño moral a favor del menor, entiendo que la suma propuesta por el Dr. Gigena Basombrío -confirmatoria de la fijada en primera instancia- se ajusta a las particularidades del caso.

El análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

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).

Como ha quedado señalado, en el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas permanentes, el niño sufrió un fuerte golpe que presumiblemente le produjo molestias y dolores.



Sin embargo, debe hacerse notar que los actores no produjeron siquiera prueba testimonial que diera cuenta del estado en el que se encontró el niño en el período inmediato a que aconteciera el hecho dañoso. Los elementos a partir de los cuales pueda inferirse padecimientos de mayor grado son escasos. Nótese que ni siquiera la prueba pericial es elocuente en este punto.

Y si "el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial... No basta con una mera invocación genérica del daño moral, es menester que se especifique en que consiste el mismo, cuáles son las circunstancias del caso, como incidió sobre la persona del damnificado. Estas circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado y, al mismo tiempo, para facilitar la concreción de una solución equitativa..." (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral" Ed. Hammurabi, pág. 428).

Por ello, traídas todas estas consideraciones al caso analizado, entiendo que la suma propuesta por el Dr. Gigena Basombrío se ajusta a las circunstancias del caso y a lo que hemos considerado justo y equitativo fijar comparativamente en otros casos. **MI VOTO.**

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo sustancial la sentencia, elevando el monto de condena a favor del menor en la suma total de PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$180.000) de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.



2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelven los recursos deducidos por las partes (Art. 71 C.P.C.C.).

3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando M. Ghisini - Dr. Federico Gigena Basombrio - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA