



NEUQUEN, 2 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (Expte. N° 472397/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 262/279 hace lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condena a Claudio César Valenzuela Contreras a abonar la suma de \$68.350 con mas sus intereses e impone las costas en un 80% a la demandada y el resto a la actora. Asimismo, hace lugar a la defensa planteada por la Aseguradora Escudos Seguros SA, rechazando la acción en su contra, con costas en el orden causado.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 310/321 y cuyo traslado es respondido por la aseguradora a fs. 323/326.

También la actora apela la totalidad de los honorarios.

II.- En primer lugar, cuestiona que se haya hecho lugar a la defensa de la aseguradora toda vez que no se encuentra acreditado que haya cumplido con el deber de informar la suspensión de la cobertura a su asegurado, con especial énfasis en el deber de información que rige todas las relaciones de consumo.



El segundo agravio se dirige a cuestionar el monto fijado por incapacidad física, requiriendo la aplicación de la fórmula "Mendez".

Discute por bajos los montos relacionados con gastos de farmacia, vestimenta, traslados y daño moral.

Objeta el rechazo del daño material y privación de uso.

Por último, se queja de la forma en que se impusieron las costas del proceso.

III.- Ingresando al tratamiento del primer agravio relacionado con la defensa interpuesta por la aseguradora, adelanto que los argumentos expuestos por el quejoso no tendrán andamio.

Tal como resulta de las constancias de la causa, citada que fuera la aseguradora, interpuso la defensa de falta de legitimación pasiva con fundamento en que el asegurado no abonó la prima pertinente.

Corrido el debido traslado a la actora esta contesta a fs. 47/48, sosteniendo que la defensa era improcedente con fundamento en lo dispuesto por los artículos 31 y 56 de la Ley de seguros.

Al dictar sentencia la jueza, con cita de un precedente de esta Cámara que se comparte, desestima la postura del accionante y dichos argumentos no fueron rebatidos en modo alguno en el escrito recursivo, por lo cual, han quedado consentidos.

En la Alzada el quejoso pretende que se desestime la defensa en base a que la aseguradora no comunicó la anulación de la póliza y el deber de información con sustento en la Ley de defensa del consumidor, lo cual importa un cambio sustancial en el encuadre jurídico de la postura que en el



momento procesal sostuviera, y ello no es posible por resultar violatorio del derecho de defensa, y por otro lado, la normativa cuya aplicación ahora pretende tampoco es posible de ser considerada en el ámbito del contrato de seguro, sin perjuicio de señalar que carece de legitimación para alegar la falta de información de la compañía a la asegurada dado que la víctima es un tercero en el contrato de seguro.

Así hemos dicho en casos similares y que se mantiene el 1 de noviembre del 2.016 en la causa **"J. A. DEL C. C/CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** (Expte. N° 370364/2008):

III.- Ingresando al análisis de la cuestión, y en primer lugar, advierto que no resulta de aplicación en el caso la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, y del resolutorio apelado, observo que la aquo aplica la Ley 24.240 cuando este marco legal nunca fue propuesto por las partes.

En efecto, la codemandada funda su planteo de prescripción de la acción en las normas de la Ley de Seguros, en tanto que la parte actora -al contestar el traslado de la excepción opuesta- en ningún momento invoca que resulte de aplicación la Ley 24.240, sino que centra su defensa en la interrupción del plazo de prescripción operado con la interposición del beneficio de litigar sin gastos. Tampoco en su alegato la accionante hace alusión al derecho del consumo.

Ahora bien, no dejo de advertir que de lo que se trata es de establecer si la acción se encuentra prescripta o no, por lo que podría entenderse que, dado el carácter restrictivo con que debe analizarse la prescripción de una acción, debe aplicarse la norma más favorable a la vigencia de aquella, y así se habilitaría la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.



Pero resolver la controversia con base en tal normativa importa tanto como sustraer el litigio del marco normativo formulado por las partes, variando así las bases del conflicto.

Si bien no ignoro que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público (art. 65), habiendo señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es obligación de los tribunales judiciales aplicar este tipo de leyes, aunque las partes no lo hayan pedido expresamente (cfr. autos "Soldevila c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 14/10/2008, Fallos 331:2231; autos "Barrios c/ Provincia de Buenos Aires", 6/5/2008, Fallos 331:1085), entiendo que ello es posible en tanto y en cuanto la aplicación de la normativa no pedida no importe el encuadramiento de la controversia en un régimen legal distinto del propuesto por los litigantes.

En autos "Villarroel c/ Vinet" (P.S. 2011-II, n° 61) señalé, con cita de la Dra. Andrea Meroi, sobre las implicancias de los cambios de encuadramientos legales, cuando se trata de un cambio de norma y de toda una serie de consecuencias jurídicas no previstas por las partes. Y, sostuve que:

La máxima iura novit curia, no puede aquí ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes.

La fórmula en análisis no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que le son favorables: significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los



límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio."

Dice Tapia Fernández: "desde mi punto de vista, la causa de pedir está formada -como se sabe y es communis opinio- por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El elemento fáctico -en esto es también pacífica la opinión científica- vincula al juez en todo caso. Pero respecto del elemento jurídico -el controvertido- es necesario establecer, a mi juicio, una apreciación. El elemento jurídico de la causa de pedir no lo constituye tan solo la/s norma/s concreta/s del ordenamiento jurídico aplicable. Pienso que, a su vez, este elemento jurídico está constituido por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o calificación jurídica, o razonamiento jurídico, o fundamentación jurídica o como se quiera denominar) que no es mas que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (por que el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere), es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del juez. De ambos elementos sólo el segundo conforma la libertad del juez en las máximas iura novit curia y dabo tibi ius."

"En definitiva, la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la



propia pretensión, cuya configuración pertenece al ámbito del poder de disposición del sujeto."

"Es que el peligro de inseguridad jurídica es evidente para un litigante que no tiene oportunidad de alegar y probar en su defensa todos los elementos constitutivos de la acción no ejercitada que, no obstante, se resuelve".

"Es que la idea de indefensión es el límite que debe regir el principio iura novit curia tanto desde la perspectiva de la regla de la congruencia, cuanto del respeto del principio de contradicción e igualdad de las partes, ya que lo que está en juego es el derecho de defensa en juicio."(El resaltado me pertenece).

"Si el demandado contesta una pretensión esgrimida en base a todas las prescripciones de la norma A y se lo condena por las de la norma B, entiendo que no se ha respetado su derecho de defensa en juicio..."

"...En resumidas cuentas: el principio por el cual el juez aplica el derecho, el iura novit curia, constituye una potestad del juzgador pero en modo alguno ello puede significar que carezca de límites. Así, dicho principio se encuentra limitado por el principio de congruencia, contradicción, igualdad entre las partes y el derecho de defensa de manera tal que el juez no puede modificar los hechos acreditados en el proceso y a los cuales se encuentra vinculado siempre. Pero tampoco puede modificar la calificación o fundamentación jurídica que realizan las partes en sus escritos introductorios de la pretensión y su contestación y que se encuentra relacionada con los presupuestos de hecho del litigio, pudiendo únicamente modificarse el elemento puramente normativo en ese punto de vista jurídico..." ("D. CONTRA D. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" 22/6/06)".



Bajo estos parámetros, y a riesgo de repetirme, si las partes enmarcaron sus pretensiones en la Ley de Seguros, no resulta posible variar tal encuadramiento legal aplicando el régimen de defensa del consumidor, no obstante su carácter de orden público, ya que ello afectaría gravemente el principio de congruencia y el derecho de defensa de la parte demandada.

De todas maneras señalo que la ley mencionada no resulta de aplicación al contrato de seguro.

En efecto, se ha dicho: 10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman." ("Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios-08/04/2014-La Ley Online-AR/JUR/6035/2014).

Y agrega: "...no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 09/12/2009)."

A su vez, la Cámara Nacional de apelaciones en lo comercial, Sala B señaló en los autos "B.E y otro c Mapfre Argentina de Seguros SA s/ ordinario el 30 de diciembre del



2.015 (Publicado en: RCyS 2016-VI , 225 LA LEY 10/06/2016, 5 con nota de María F. Compiani • LA LEY 2016-C, 544 con nota de María F. Compiani • RCyS 2016-VIII, 245 Cita online: AR/JUR/59759/2015), en fundamentos que comparto:

No desconozco que el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor establece una directiva en materia de integración normativa, al prescribir que las disposiciones de esa ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas incluidas por la ley. También dispone que en caso de duda rige el principio de interpretación más favorable al consumidor.

La télesis de la norma que involucra las diferentes ramas del derecho torna necesario el diálogo entre las distintas fuentes aplicables para la solución del caso sometido a estudio.

En tal contexto, cabe señalar que tanto la Ley de Seguros, como la Ley 20.091, tienen preeminencia sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Y pese a la reforma de la ley 26.361, sus disposiciones no le son aplicables a aquéllas.

Ello porque existe una incompatibilidad entre ambos regímenes, no sólo de índole jurídica sino también práctica. Frente a ello la cobertura que surge de las normas legales y convencionales que vinculan al asegurador con su asegurado no pueden quedar alteradas por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta última legislación tiene por objeto actuar como efectivo control de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de adhesión, cuando el Estado Nacional no interviene. En los seguros, el Estado Nacional a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación, aprueba las cláusulas de las pólizas y las primas y controla la actividad aseguradora y reaseguradora en general, resultando así la



auténtica y genuina autoridad de control de la actividad aseguradora y reaseguradora "con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial".

Por su lado, la Ley de Defensa del Consumidor incluye reglas protectoras y correctoras, complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.

De admitirse una posición contraria, podría llegar a afirmarse que actualmente el contrato de seguro se encuentra regido por la Ley de Defensa del Consumidor, aplicándose supletoriamente las normas contenidas en la Ley de Seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquélla. También se llegaría a poner en tela de juicio, las facultades de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 8 de la ley 20.091) (CNCCom, esta Sala, in re: "Dotti, Juan María c. Caja de Seguros S.A. s/ ordinario, 29- 06- 15).

En similar sentido, la CSJN sostuvo que si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del CCiv.) y los accionantes revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización. Ergo, si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 CCiv., voto del Juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483), adoptando el criterio de la oponibilidad de las cláusulas contractuales en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas 0.166. XLIII. "Obarrio, María Pia cl Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4



de marzo de 2008). Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues ese Tribunal consideró que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (CSJN, in re: Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa Buffoni, Osvaldo Omar el Castro, Ramiro Martín si daños y perjuicios", del 08/04/2014).

Por último y sentada como fuera la procedencia de la cláusula de exclusión de cobertura, es preciso abordar el agravio respecto a que la misma sería inoponible a la víctima del accidente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo reciente que involucra la cuestión, si bien que en relación a otra cláusula, sostuvo: "8º) Que los arts. 109 y 118 de la ley de Seguros 17.418 establecen que el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor por él autorizado por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por el vehículo objeto del seguro, por cada acontecimiento ocurrido durante la vigencia del contrato, y "La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro".

9º) Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo



deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, votó del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).

10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman." ("Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios-08/04/2014-La Ley Online- AR/JUR/6035/2014).

Y agrega: "...no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 09/12/2009)."

Por último, el argumento que esboza en cuanto al desamparo en el que se encontraría las víctimas en caso de hacerse lugar a la exclusión de cobertura no es de aplicación al caso de autos pues no puede sostenerse válidamente que la demandada condenada sea insolvente, de modo tal que en este caso en particular dicho argumento resulta dogmático.

Por las razones expuestas, el primer agravio no tendrá andamio.

IV.- a) Incapacidad física.



Al respecto, los agravios del quejoso se refieren a la cuantía del rubro en cuestión, sin que se adviertan cuestionamientos con respecto a los parámetros considerados por la jueza en su sentencia.

Sobre el tema esta Sala ha variado su postura en relación a la forma de calcular el monto por incapacidad física, adoptando el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.

Así, hemos dicho a partir de la causa **PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL**" (EXPTE. 453788/11):

*En ese aspecto parto de señalar que comparto que: "... 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 recepten 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".



Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.

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...”



En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona. El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."



"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)." ("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad, no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de **\$53.500**.

Destaco que, según mis cálculos, el resultado de la fórmula Méndez sería superior al indicado por el apelante, debo tener en cuenta los términos de los agravios vertidos por la actora que postula un importe de \$63.950, razón por la cual y a fin de respetar el principio de congruencia, es que se arriba a la suma indicada en el párrafo que antecede.

b) Gastos de farmacia, vestimenta y traslados.

La crítica vertida por el quejoso en relación al monto que fijara la jueza con relación a los rubros en cuestión no resulta suficiente como para justificar un importe mayor.



Al respecto, cabe destacar que la a quo no se ha apartado de la jurisprudencia que invoca el quejoso toda vez que aceptó la procedencia de los rubros en cuestión, pero la aceptación de un monto mayor no resulta procedente dado que, como se indica en la sentencia, no produjo prueba alguna en relación al tema, y de ello no se vierte crítica alguna, ni se alega la existencia de prueba que justifique el reclamo, razón por la cual el importe fijado deberá ser confirmado.

c) Daño moral.

Nuevamente el apelante objeta por bajo el monto fijado aludiendo a los padecimientos que habría padecido.

En cuanto al daño moral, hemos señalado que para determinar su cuantía, 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 supedita a la mera prudencia.

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que *"la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual"* (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, *"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)“.

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto fijado debe elevarse a la suma de **\$20.000**.

d) Daños materiales y privación de uso.

Sostiene la parte la procedencia de los rubros en cuestión ya que entiende que el daño material quedó acreditado con el presupuesto que fuera reconocido y por la forma en que ocurriera el hecho, así como la pertinencia del rubro privación de uso.

En el caso y toda vez que la parte no ha producido prueba alguna relacionada con el estado de la moto con motivo del accidente, es que los rubros en cuestión no prosperarán dado que el presupuesto adjuntado no importa relación causal con el accidente, cuestión esta señalada en la sentencia y que no fuera adecuadamente rebatida, a lo que se agrega que ninguno de los testigos que declararan en la causa aluden a la existencia de daños en la moto.

e) Costas.

Al respecto, considero que dada la naturaleza del reclamo y que la demanda prospera en su mayor extensión, es que las costas deben imponerse en su totalidad a la demandada vencida, conforme lo sostuviera esta Sala en reiteradas oportunidades.

f) Apelación arancelaria.



Tomando en consideración las pautas del artículo 6 de la ley 1.594 y la actividad desplegada por los profesionales que intervinieron en el proceso, estimo adecuados los porcentajes fijados en la sentencia, por lo que deberán ser confirmados.

V.- Por las razones expuestas, propongo se haga lugar parcialmente al recurso y en consecuencia se eleve el monto de condena a la suma total de **\$83.850.**

Costas de Alzada a la demandada vencida en función del resultado del recurso.

Con respecto a la apelación deducida contra la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, las costas de Alzada se impondrán a la actora perdedora, debiendo regularse los honorarios en base a lo previsto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal que ha emitido opinión en primer término, y en lo que refiere al primer agravio agrego que la violación de disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor no fue un tema propuesto a la jueza de grado, por lo que esta Cámara también se encuentra impedida de ingresar a su análisis en virtud de la manda del art. 277 del CPCyC.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo señalé en el precedente "Jara c/ Caja de Ahorros S.A." citado en el primer voto, con posterioridad a los precedentes del Tribunal Superior de Justicia "Géliz c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 46/2010 del registro de la Secretaría Civil) y "Merino c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 8/2013 del registro de la Secretaría Civil), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó resolución en autos "Buffoni c/ Castro" (sentencia del 8/4/2014, LL 2014-C, pág. 144) señalando que una ley general



posterior -con expresa referencia a la Ley de Defensa del Consumidor con la reforma de la ley 26.361- no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 262/279 en cuanto al monto de condena que se eleva a la suma total de **\$83.850**.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida en función del resultado del recurso y respecto de las devengadas por la apelación deducida contra la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, se impondrán a la actora perdidosa.

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de los determinados en la instancia de grado (art. 15 de la Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

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