NEUQUEN, 12 de Diciembre del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"KOON ARIEL C/ ROYAL&SUN ALLIANCE SEGUROS (ARGENTINA) S.A. Y OITRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI6 EXP 469525/2012)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 354/359 vta. la *A-quo* hizo lugar a la demanda y condenó a Juan Andrés Salvatierra y Seguros Sura S.A., a abonarle al actor la suma de $ 251.500 con más intereses y costas.

A fs. 367 el actor interpuso recurso de apelación y a fs. 370 la citada en garantía hizo lo propio.

A fs. 377/378 Seguros Sura expresó agravios. Dice que existió arbitrariedad en relación al monto de condena en concepto de daño físico. Manifiesta, que la Jueza de grado sostiene que para cuantificar el daño no considerará la incapacidad determinada por la asimetría facial en relación al daño estético y tampoco la fractura en sí, y que en consecuencia al hacer aplicación de la fórmula Vuotto–Méndez debe aplicar un 10% de incapacidad y no el 35% como lo hizo.

Luego, a fs. 379/382 expresó agravios el actor. Critica el monto por el cual procedió el daño físico, por bajo. Alega, que a pesar de lo que surge de la pericia médica, con relación a la asimetría facial notoria con desviación hacia la izquierda con mordida asimétrica y que a raíz de la fractura expuesta el actor padece pseudoartrosis, lo cual le provoca dolor en la masticación y la mordida, la Jueza descarta tal incapacidad.

Manifiesta, que de la propia fotografía incorporada por el Dr. ... surge evidente la secuela física del actor, con un evidente daño estético, que en la sentencia no se ve reflejado ni dentro del rubro daño físico ni en el daño moral, por el bajo monto.

Además, dice que la deformación del rostro no denota solo un detrimento de índole estética sino también menos posibilidades de obtener un mejor empleo. Agrega, que la principal característica de este daño consiste en una afectación directa a la integridad del cuerpo, que se ve privado de su armonía, de su aspecto normal y natural.

También, se queja con respecto al daño moral. Dice que el monto otorgado por este rubro es irrisorio. Manifiesta, que la suma es escasa y que no posee relación lógica con la entidad de los padecimientos que sufrió el actor y que se encuentran acreditados en el expediente.

Por último, critica el monto otorgado en concepto de privación de uso por bajo y solicita su elevación.

Señala, que la Jueza fija un monto de $300 teniendo en cuenta el tiempo de reparación de 3 días estimado por el perito mecánico, pero omite considerar la incidencia de las demoras derivadas en la obtención de los materiales y repuestos de reparación ante los problemas de stock y faltantes de productos importados, cuya incidencia en los tiempos de reparación es público y notorio.

A fs. 384 y vta. el actor respondió la expresión de agravios de la citada en garantía y a fs. 386/387 esta hizo lo propio. Ambos solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

A fs. 366 y vta. la perito psicóloga apeló sus honorarios por bajos.

Además, a fs. 368 el letrado del actor apeló sus honorarios por bajos y a fs. 368 vta., en el carácter de apoderado de la actora las regulaciones de honorarios por altos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar las apelaciones de las partes.

En el caso de autos, los recursos se circunscriben a la cuantificación de los rubros reclamados, en tanto no se encuentra discutido en esta instancia el acaecimiento del evento dañoso como tampoco la atribución de responsabilidad.

1. En autos, el actor se queja del apartamiento de la prueba pericial, pero no rebate lo expuesto por la Jueza de grado en cuanto señala que no considerará la fractura del maxilar en sí misma, toda vez que el perjuicio debe ser actual y cierto, lo que implica que lo indemnizable sean las secuelas, no las lesiones en sí mismas (cfr. fs. 356).

En este sentido se ha sostenido que: *"Para que la discapacidad sea indemnizable debe ser permanente, como secuela irreversible que afecte las actividades de la víctima, pues la partida por incapacidad sobreviniente no se encuentra dirigida a resarcir las ganancias no percibidas durante su convalecencia, sino a indemnizar el detrimento patrimonial que la víctima experimentará durante el resto de su vida a causa de las secuelas remanentes y de lo contrario configura el daño moral"*, (CNCiv. Sala A, Leiva, *"Nancy Beatríz c. Microomnibus*

Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. y otros s/ daños y perjuicios", 28/09/2012, LL AR/JUR/52171/2012).

Luego, el apelante sostiene que la Jueza descarta el 10% por pseudoartrosis y 10% por asimetría facial, pero conforme surge de la sentencia la misma señala *"no habré de considerar al momento de cuantificar este rubro, la incapacidad determinada por asimetría facial, en atención al reclamo efectuado por daño estético. Y en igual sentido, tampoco habré de considerar como incapacidad la fractura en sí, toda vez que para la configuración del reclamo por el rubro analizado, el perjuicio debe ser actual y cierto, lo que implica que lo indemnizable sean las secuelas, no las lesiones en sí mismas"* (fs. 356).

En definitiva, lo que no considera la Jueza es la fractura del maxilo facial inferior y el apelante no se queja de ello rebatiendo los argumentos de la *A-quo*.

Luego, en punto a la asimetría facial no nomenclada, y su análisis al momento de la valoración del daño moral, cabe señalar que no surge de la pericia (fs. 172/175) que la misma le traiga al actor aparejadas consecuencias disvaliosas en la esfera patrimonial, por lo que su consideración corresponde dentro de la esfera del daño inmaterial.

En ese sentido se ha sostenido que: "D*ebido a la falta de acreditación de una incapacidad física por el daño estético, los perjuicios que ocasiona se consideran comprendidos en el daño moral* […]", ("BARAVALLE MIGUEL A. CONTRA DELGADO ACUÑA JORGE Y OTRO S/ D. y P. POR USO AUTOMOTOR C/ LESION Y/O MUERTE", EXP Nº 351035/7; JARA JAIME ANTONIO CONTRA NAVARRO RUBEN WILLIAMS Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", EXP Nº 321577/5; "PARRA MATIAS ROBERTO CONTRA VICTORIA ZAMORA ESTEBAN DARIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", EXP Nº 411950/10).

A partir de lo expuesto, corresponde determinar el porcentaje de incapacidad en el 10%, tal como solicita la citada en garantía en su recurso.

En consecuencia, considerando lo expresado en punto a la incapacidad física y los ítems desestimados por la *A-quo* respecto a este rubro, teniendo en cuenta que no se encuentran controvertidos los ingresos del actor, determinados en la suma de $ 2097 (fs. 150) y la edad del mismo al momento del hecho (20 años, fs. 156 vta.), corresponde hacer lugar al recurso de la citada en garantía y disminuir el monto de condena por este rubro a la suma de $ 110.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

2. Luego, en punto al daño moral, se ha sostenido que: *"De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial",* (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T. IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires 2015).

En autos, lo expuesto por el actor a la perito psicóloga a fs. 156/157 no resulta corroborado por otros medios de prueba, por lo que deben considerarse las secuelas que posee el actor (fs. 169/175) y los padecimientos que sufrió en tanto, como consecuencia del hecho ingresó en el Hospital Castro Rendón y luego fue derivado al Policlínico Neuquén (fs. 115). Además, que debió permanecer internado, ser

intervenido quirúrgicamente (fs. 75/86) y utilizar un cuello ortopédico, como también continuar tratamiento por consultorios externos (fs. 79). También debe valorase la asimetría facial con la que quedó el actor producto del accidente (fs. 172 y foto de fs. 170).

Al respecto, comparto la valoración de la *A-quo* y teniendo en cuenta que la demandada no se agravió en cuanto a la procedencia y monto de este rubro, corresponde confirmar el monto de condena con relación al mismo (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. En punto a la privación de uso del rodado, el apelante funda su apelación en que la Jueza de grado omitió considerar la incidencia de las demoras derivadas en la obtención de repuestos y materiales ante los problemas de stock de faltantes de productos importados (fs. 382), pero no menciona cuales son y menos aún se refiere a prueba alguna que acredite tal circunstancia, ni tampoco surge ello de las constancias de autos. En consecuencia, la queja por este rubro no resulta procedente.

4. Por otra parte, en punto al recurso de la perito psicóloga con relación a la base regulatoria de los honorarios de los peritos, esta Sala sostuvo: *"En primer lugar se señala, que respecto de los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada valorando no solamente el monto del pleito sino también la calidad, extensión y complejidad de la labor desempeñada por los profesionales (Conf. esta Sala en Expte. Nº 468492/12, entre muchos otros)".*

"También que sus honorarios deben guardar proporción respecto de los fijados a los restantes profesionales y para ello debe tenerse en cuenta la misma base computable considerada por el tribunal en la regulación (Exp. Nº 469491/2012)", ("MEDINILLA SEGURIDAD PRIVADA SRL C/ I.S.S.N S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS", EXP Nº 501440/2014).

A partir de lo expuesto, el agravio de la perito psicóloga al respecto no resulta procedente.

5. Por último, en cuanto a la regulaciones de honorarios apeladas por altas por el actor y baja por su letrado (fs. 368) adelanto que tampoco habrán de prosperar.

Es que, con relación a los honorarios de los peritos, a partir de lo expuesto en el punto precedente, de conformidad con las pautas que habitualmente utiliza esta Sala para casos similares, el porcentaje regulado a los mismos debe ser confirmado.

Luego, en cuanto a los letrados intervinientes en autos, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los mismos y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones efectuadas se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), y en consecuencia las quejas al respecto también serán desestimadas.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 379/382 y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 377/378, y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 354/359, estableciendo el monto de condena en la suma de $ 161.800, a la que deberán adicionarse intereses conforme lo dispuesto a fs. 359, y confirmarla en lo demás que fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a la parte actora en su carácter de perdidosa (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Disiento con la solución propuesta por mi colega. Explico a continuación los motivos.

1.- En punto al daño físico, a mi criterio, ninguno de los recursos resulta procedente, en tanto el importe concedido en la sentencia resulta acorde a la lesión sufrida, los ingresos de la víctima, su edad y demás particularidades del caso.

No encuentro justo reducir en un 10% la incapacidad sufrida por el actor -pese a que el perito otorga una incapacidad del 31,15%-, teniendo en cuenta las secuelas acreditadas: doble fractura maxilar inferior con importante dificultad masticatoria y en la deglución, luxación articulación temporomaxilar y asimetría maxilofacial.

Y si bien coincido con la magistrada en punto a que la asimetría facial puede ser ponderada al tratar la indemnización por daño moral, a mi criterio, el resto de las dolencias si deben ser consideradas para justipreciar el daño físico.

Ello así, toda vez que el perito no se limitó a tabular la incapacidad por la fractura en si, sino en función de la dificultad masticatoria resultante. Entiendo que esa secuela, de gran incidencia en la vida cotidiana de cualquier persona en tanto conlleva -según informa el profesional en la hoja 185- dolor asociado a la masticación, amerita considerar, sin marginación alguna, el porcentaje total del 15% calculado por el perito, a lo que se suma la incapacidad por pseudoartrosis.

A este respecto, hemos dicho: *"[...] al no regir en el fuero civil las indemnizaciones tarifadas, los porcentajes estimados pericialmente no pasan de ser un dato más 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)", (citado por esta Sala en "U. A. A. C/ P. J. J. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 425060/2010).

Pese a que la magistrada pareciera haber tenido en cuenta un porcentaje de incapacidad menor al señalado por el perito, entiendo que de todas maneras el monto total fijado en la sentencia se ajusta a las características del caso, dado que en rigor, los ingresos considerados no se corresponden a los percibidos al momento del accidente, sino casi un año después (véase la fecha informada por el empleador, en la hoja 150). Es lógico pensar que un año antes, la remuneración fuera menor, de modo que esta circunstancia tiene incidencia a la hora de realizar el cálculo indemnizatorio.

Consecuentemente, el monto por daño físico debe ser confirmado.

2.- El actor también cuestiona el monto acordado en concepto de daño moral.

Sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues 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).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, 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).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: “Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos 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 C. Civ.)”. OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/ PROVINCIA DEL NEUQUEN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas: el joven actor fue intervenido quirúrgicamente para reducción y osteosíntesis, se colocaron placas de titanio en su cara, presenta una dificultad en la deglución con dolor asociado a la masticación, asimetría facial notoria -desviación hacia la izquierda-, no puede realizar actividades

físicas que contengan fricción, roce corporal y riesgo de trauma facial. También cabe ponderar las consideraciones que se efectúan en el informe pericial psicológico, y el periodo de internación y convalecencia. Todo ello y tomando como parámetro las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, determina que el monto deba ser elevado a la suma de $50.000.

3.- En todos los demás aspectos, coincido con el tratamiento realizado por el Dr. Pascuarelli, de modo que adhiero a sus fundamentos.

En definitiva, propongo: 1) rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía y los recursos arancelarios; 2) hacer lugar parcialmente al remedio deducido por el actor y, en consecuencia, elevar el monto por daño moral a la suma de $50.000,00.- 3) imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC). **MI VOTO**.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía y los recursos arancelarios.

2.- Hacer lugar parcialmente a la apelación deducida por el actor y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 354/359 vta. elevando el monto por el rubro daño moral a la suma de $50.000,00, por lo que el monto de condena se fija en la suma de $ 271.500, con más los intereses determinados a fs. 359.

3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un 30% de los de la anterior, tomando como base la diferencia aquí reconocida, incluyéndose los intereses devengados (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA