NEUQUEN, 22 de febrero de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CALERO GASTON C/ MACEDO FRANCES MARIELA CLAUDIA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, **(JNQCI2 EXP** Nº **473302/2012**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- A fs. 466/473 luce sentencia definitiva de primera instancia que hizo lugar a la demanda interpuesta por Gastón Calero, y condenó a la parte demandada y a la citada en garantía, a ésta última en la medida del seguro, a abonar la suma de $815.971, con más sus intereses y costas.

Esa sentencia es apelada por ambas partes: el actor a fs. 477 y la demandada y aseguradora citada en garantía a fs. 478, no obstante que éstas últimas desisten del recurso a fs. 498.

Con la finalidad de arribar a un acuerdo, de conformidad con las facultades conferidas por el art. 36, inc. 4 del Código Procesal, a fs. 510 se convocó a las partes a una audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo a fs. 515 y a fs. 518, sin que se pudiera arribar a acuerdo alguno.

II.- Expresión de agravios de la parte actora (fs. 485/497 y vta.)

En primer lugar, se agravia por considerar reducido el monto otorgado en concepto de daño moral ($30.000) para el señor Gastón Calero, de 25 años de edad y con una incapacidad del 56%.

Considera que la suma otorgada por daño moral resulta exigua e ineficaz para compensar la totalidad del daño extrapatrimonial del actor.

Aduce que el accionante sufrió severos daños psicofísicos, de distinta índole, como consecuencia directa del accidente, conforme surge de la pericia psicológica de fs. 258 y de la pericial médica de fs. 303/309.

Afirma, que la prueba testimonial rendida a fs. 343/357, es absolutamente idónea para acreditar el agravio sufrido por el joven Calero a raíz de las lesiones que padeció.

Sostiene, que en el caso que nos ocupa el error del juez es evidente, pues más allá de su indiferencia por los padecimientos del actor, surge de manera incuestionable, que al momento de determinar el monto por daño moral no se tuvo en cuenta la extensa y profusa prueba rendida con relación al estado del accionante luego del siniestro y los perjuicios padecidos.

Expresa, que pese a los 6 años del pleito, del éxito en la recolección de pruebas efectuado por su parte, y a pesar de los denodados esfuerzos para lograr un efectivo y compensatorio reconocimiento del agravio moral, la jueza luego de citar las conclusiones del perito psicólogo, fijó este rubro en tan solo $30.000.

Indica, que no hay aquí indemnización compensatoria posible con ese monto de $30.000, como retribución por tanta tragedia y sufrimiento.

Cita doctrina y jurisprudencia aplicable en la materia, y solicita se eleve el monto por tal concepto a la suma de $300.000.

En segundo lugar, cuestiona que en la sentencia no se hayan tenido en cuenta las cicatrices para determinar el porcentaje de incapacidad.

Aduce, que la juez afirma que las indemnizaciones fundadas en la existencia de cicatrices se encasilla en el daño estético, pero rechaza abonar indemnización por dicho daño dentro del patrimonial, y simultáneamente excluye el pago de las lesiones estéticas dentro del daño extra patrimonial.

Expone, que en definitiva de acuerdo al criterio de la a-quo, pareciera que la indemnización por lesiones estéticas es un daño que no debe pagarse bajo ningún concepto, ni como daño patrimonial, ni como extra patrimonial.

Sostiene, que las cicatrices del demandante son un concreto desmedro a su capacidad física laboral, y un daño indemnizable, de manera independiente al perjuicio patrimonial que generan.

Entiende que no resulta correcto lo afirmado por la jueza en cuanto a que: “De la prueba arrimada a la causa no surge acreditado disminución patrimonial, por lo cual corresponde desagregar el porcentaje mencionado”, ya que, conforme lo detalla la pericia médica, en función de la cicatriz del miembro inferior izquierdo, se determinó que el actor posee una incapacidad que ronda el 12%.

Interpreta, que es un error sostener que no se indemniza este tipo de incapacidades porque no se acredita el perjuicio patrimonial que originan. Y que de seguir el criterio del juez, no correspondería indemnizar incapacidades, en la medida que no se pruebe que el actor ha sufrido disminución patrimonial.

Por ello, dice que debe tenerse en cuenta el 12% de incapacidad por las cicatrices, a fin de calcular la indemnización a otorgar.

Critica que en primera instancia se haya aplicado la fórmula de matemáticas financiera al considerar que es la que se aplica en el fuero. Además cuestiona que se tomara para el cálculo de la indemnización como tope de vida útil los 65 años cuando se debería utilizar 75 años. Ataca el rechazo de la pérdida de la chance, cuando precisamente la fórmula que ahora utiliza el fuero para liquidar indemnizaciones por daño económico, la incorpora de manera expresa, cómo a los futuros ingresos de la víctima.

Destaca, que oportunamente reclamó que no solo se tome como vida útil la edad de 75 años, sino también que se incorpore a la indemnización por daño económico, la incapacidad sobreviviente, la frustración de chances y las futuras posibilidades de desarrollo de la víctima (ver fs. 49).

Refiere, que ha quedado absolutamente demostrado que el agravio debe prosperar, toda vez que para liquidar la indemnización del daño económico, la a quo se vale de una fórmula que ha dejado de utilizarse en el fuero, en la medida que no tiene en cuenta, que el tope de vida útil para liquidar indemnizaciones ha sido elevado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a 75 años, en el caso “Arostegui”, en tanto que el mismo precedente expresa que debe tenerse en cuenta en la determinación de la indemnización por daño económico, la pérdida de ganancias o perspectivas en la mejora.

A fs. 503/508, la parte demandada y la citada en garantía contestan los agravios, y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, por cuestiones metodológicas voy a comenzar con el tratamiento de la crítica dirigida al rubro “incapacidad física”, partiendo de la premisa que la reparación del daño debe ser integral, ya que se debe procurar que la víctima quede en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

En cuanto al “daño estético” que fuera rechazado por la a-quo, sobre la base de que no se ha demostrado que la cicatriz produzca un perjuicio económico, debo decir, que sin perjuicio de considerar que la lesión estética no es un daño autónomo indemnizable, pues, o bien constituye un daño patrimonial, que se configura cuando dicha lesión genera un perjuicio de índole económico para el lesionado o perjudica sus posibilidades de continuar desarrollando una actividad productiva (incluyendo en este último caso también el lucro cesante), u ocasiona un daño moral, o ambos a la vez.

Matilde Zavala de González nos dice que, el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.

Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II, 95).

En esta línea, la pretendida autonomía del daño estético no se comparte debido a que encuentra adecuada proyección en el ámbito de lo patrimonial o de lo moral, reitero, sin que para su justa compensación se requiera su conceptuación autónoma.

Prestigiosa doctrina que comparto, también ha dicho: “La lesión estética es resarcible sólo cuando configura un daño patrimonial, al repercutir negativamente sobre la esfera productiva del individuo (caso de la modelo que sufre un corte que le deja una cicatriz no solucionable quirúrgicamente en un lugar visible de su cuerpo); o cuando incide negativamente sobre la psiquis del individuo, afectando su seguridad en sí mismo, sus tendencias gregarias, al volverlo introvertido o poco dado, etc.” (Marcelo J. López Mesa- Responsabilidad por Accidente de Tránsito- T° II, Pág. 528- ed. La Ley- Ed. Abril 2014).

La jurisprudencia también sostuvo: “Sobre la naturaleza del daño estético, mientras unos sostienen que se trata de un daño material, porque incide sobre las posibilidades económicas y sobre la vida de relación de quien lo padece, siendo ambos conceptos acumulables, otros aducen que sólo lesiona las afecciones legítimas del damnificado, por lo que integra el concepto del daño moral. En realidad la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial; la integridad corporal, lesión que siempre,

provocará un agravio de tipo moral y que puede, o no, afectar el aspecto patrimonial del individuo. Si lo provoca, se está en presencia de un daño patrimonial indirecto, toda vez que -además de la afección extrapatrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (gastos insumidos en la curación de las lesiones), cuanto lucros cesantes (pérdida de la fuente de trabajo o disminución del mismo). (Auto: MAREGATTI, MAURO S. c/ LINEA DE COLECTIVO 24 s/ SUMARIO (ACCIDENTE DE TRANSITO) - Sala: Civil - Sala E - Mag.: VALDO MIRAS - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. 043169 - Fecha: 18/04/1989).

En función de lo expuesto, y sin perjuicio que el perito haya dictaminado un 12% de incapacidad por la cicatriz del miembro inferior izquierdo, no existen elementos probatorios en la causa que determinen que como consecuencia de esa cicatriz, el actor con posterioridad a su recuperación, se viera privado de continuar o de ejercer alguna actividad de índole económica o que se encontrara con alguna limitación funcional por dicha lesión estética.

Desde esta perspectiva, la pretensión de que se indemnice el daño estético en forma autónoma no puede prosperar, a más de señalar que no obstante será ponderado en oportunidad de analizar el monto correspondiente al daño moral.

En relación a la crítica formulada por el demandante por el reducido monto ($755.391) otorgado en la sentencia por incapacidad física sobreviniente, debo señalar, que a los fines de cuantificar la equivalencia económica con la incapacidad fijada, esta Sala III ha sostenido que resulta absolutamente limitante basarse solo en una fórmula matemática para determinar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por un ser humano, pues ella debe ser una 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 P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO” (Expte. Nº 381265/8, Sentencia del 6 de agosto de 2013).

La Corte de la Provincia de Bs. As., ha expresado: "...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 Quilmas 13 S.A.".

De manera que la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, si bien permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o

correcciones. Esto significa que dicha fórmula matemática es una pauta orientadora y no algo inflexible.

Desarrolladas como pautas 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 Nº 36010) y “Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ Accidente” (CNAT, Sala III, Sentencia Nº 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.

A mi modo de ver, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima.

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.

Por las razones expuestas, creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance.

En función de las pautas orientadoras reseñadas, en el caso se trata de un joven de 25 años a la fecha del siniestro, cuyo ingreso mensual asciende a la suma de $8.777, con un porcentaje de incapacidad fijado por el perito médico del 44%, y en orden a las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, estimo en **$1.700.000** la indemnización por daño físico –incapacidad sobreviniente-, importe al que se le adicionarán los intereses fijados en la sentencia de primera instancia, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha del hecho (06/11/2011) hasta su efectivo pago.

En otro orden, y en cuanto al reducido importe otorgado en la sentencia en concepto de daño moral, debo 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, a los padecimientos experimentados a raíz de las lesiones sufridas y a la incertidumbre sobre un futuro incierto; vale decir, que los agravios se configuran en el ámbito espiritual de quien los padece y no siempre se exteriorizan.

En el caso concreto, su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero debe satisfacer en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa. Y por otra parte, se debe descartar la posibilidad de su tarifación en proporción al daño material.

En numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, se ha señalado que debe descartarse la posibilidad de su tarifación, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, a la armonización de 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. (cfr., entre otros Ps. 2011-Nº238- Tº VI Fº1167/1171- Sala II, 28/10/11).

De modo que, 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”.

Al respecto esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho: “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”.

Vale decir, que 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.

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.

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 destacar 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).

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas incapacitantes permanentes; se desprende que el actor experimentó sufrimientos y molestias posteriores; que estuvo sometido a tratamientos de curación; se encuentra probado que el hecho tuvo cierta entidad y que permaneció internado.

Consecuentemente, al atender a las características del hecho generador –accidente de tránsito-, a las condiciones personales del damnificado: 25 años a la fecha del accidente, empleado, nivel cultural, etc., que surgen de las constancias de la causa; pericia psicológica (fs. 254 y vta.) y en base a los padecimientos experimentados en su esfera personal a raíz de las lesiones sufridas por el accidente (conf. pericial médica de fs. 303/309), las que dentro de éstas se evalúa para su determinación el “daño estético”, estimo que el monto determinado en origen en concepto de daño moral ($30.000), resulta escaso, por lo que en base a las facultades conferidas por el art. 165 del Código

Procesal, propondré su elevación a la suma de **$300.000,** a la que se le anexaran los intereses fijados en la instancia de grado, desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago.

IV.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo que se haga lugar en su mayor extensión a los cuestionamientos de la parte actora, y en consecuencia, se eleve el monto de condena a la suma total de **pesos dos millones treinta mil quinientos ochenta** (**$2.030.580),** con más sus intereses conforme fueran determinados en la anterior instancia, con costas de Alzada a cargo de la demandada y aseguradora citada en garantía en atención a su condición de vencidas, debiéndose proceder a regular los honorarios según las pautas del art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede, y a disentir respecto de la cuantificación del daño derivado de la incapacidad sobreviniente, el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera que estimo aplicable –"Mendez"-, procede estimarlo en $2.588.402,52, propiciando establecer el monto de condena en la suma de $2.918.982,52, con más los intereses establecidos en el pronunciamiento de grado.

II.- Que en la causa **"CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLaUDIO ELIZABETH Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 422.099/10 Sent. 28.06.2016**), con motivo del análisis de la reparación de los daños derivados de actos ilícitos, como en los presentes, se trata de un accidente de tránsito, sostuve que:

"… 2.- En orden a los cuestionamientos que los actores formulan a la sentencia de grado respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la

Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.

La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las

personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753-Petrachi – Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,-Lorenzetti).

La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación "consecuencias no patrimoniales".

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, "alterum non laedere", con rango de "deber jurídico" latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título "Deber de reparar", que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da

lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código", y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sin no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o

indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien(patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso, las ocasionadas a al integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la

doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. … "

Que en lo que es materia de agravio, el nuevo art. 1746 del CCyC es preciso cuando estipula respecto a la forma en que debe ser cuantificada económicamente los efectos de la disminución de la capacidad que afecta a la víctima:

"En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Que sobre el particular, en el fallo antecedente que he citado, a los fines de adoptar el tipo de procedimiento de cálculo, consideré que:

"Luego, a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y

otro s/ Accidente" (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable … ".

Que en "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años), estima que la víctima escalará en sus ingresos al menos 3 veces a lo largo de su vida útil, abandonando el criterio estático de la fórmula "Vuoto" y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Que en el caso, la fórmula impone considerar un porcentaje de incapacidad del 44%, la edad del actora, que a la fecha del accidente era de 20 años, y el salario anula resultante de multiplicar por 13 el mensual (inclusivo del SAC) que alcanza a la suma de $8.777.

En consecuencia, aplicando a la citada fórmula C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n =

75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $1.151.084,90.

Que no sólo por considerar que se debe cumplir con la exigencia legal del art. 1740 del CCyC en relación a que la reparación del daño debe ser plena para atender una minusvalía estimada en la mitad de su capacidad psicofísica, que resulta incuestionable cómo interfererirá en su proyecto de vida, sino fundamentalmente, por tratarse de un hombre joven (25 años), no se requiere de mayor prueba para concluir el impacto que producirá en las posibilidad de su progreso personal, en especial el laboral, como es acceder a determinadas tareas remuneradas, y obviamente a una escala mayor de retribución, que es lo que recepta la fórmula utilizada y que en el caso queda claramente configurado, de en al menos tres oportunidades repercutira en una mejora de sus ingresos en el transcurso de 50 años hasta alcanzar la edad de 75 años, que se estima su vida útil se extenderá.

III.- En definitiva, atendiendo al análisis precedente que justifica las consecuencias perjudiciales de la víctima originadas en el ilícito, se habrá de elevar el monto de la indemnización por daño patrimonial derivada de la incapacidad sobreviniente al accidente a $2.588.402,52, por lo que propiciaré al acuerdo establecer el monto de la condena en la suma de $2.918.982,52, con más los intereses fijados en la sentencia de grado.

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

En lo que es materia de disidencia (cuantificación del daño patrimonial), adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini, en tanto ya me he pronunciado por la aplicación de ambas fórmulas (Vuotto y Méndez), promediando los resultados obtenidos, a efectos de lograr una más justa reparación del daño derivado de la incapacidad sobreviniente

(cfr. autos “Portales c/ Moño Azul S.A.”, expte. n° 453.788/2011, fallo de fecha 2/9/2016; “Vildoza c/ Pérez”, expte. n° 474.440/2013, sentencia de fecha 6/7/2017, entre otros).

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

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 466/473, elevando el monto de condena a la suma total de PESOS DOS MILLONES TREINTA MIL QUINIENTOS OCHENTA ($2.030.580), con más sus intereses conforme fueran determinados en la anterior instancia, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada y a la aseguradora citada en garantía (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Patricia Clerici
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA