NEUQUEN, 11 de septiembre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BURGOS DOMINGA DANIELA Y OTRO C/ QUEZADA INES Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, **(JNQCI4 EXP** Nº **459883/2011**), 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.- La sentencia de primera instancia rechazó la acción de daños y perjuicios promovida por los Sres. Juan Silvestre Arjona y Dominga Daniela Burgos contra la Sra. Inés Quezada y La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, y le impuso las costas a los accionantes, en atención a su condición de vencidos.

Esa sentencia de fs. 863/867 y vta., es apelada por los actores a fs. 874.

II.- Agravios de la parte actora (fs. 890/895 y vta.)

En primer lugar, cuestiona que en la sentencia se haya atribuido toda la responsabilidad a quién en vida fuera Tulio Arjona, conductor de la motocicleta que protagonizara el accidente objeto de estas actuaciones.

Sostiene que la sentencia carece de precisión cuando determina la velocidad de circulación de la señora Quezada, que resulta determinante a la hora de evaluar cuál ha sido su incidencia causal en el siniestro.

Entiende que existen datos precisos y contundentes para determinar la velocidad concreta de circulación de la camioneta de la demandada, y su incidencia en la producción del accidente.

Destaca que a fs. 59, de la causa penal, el perito accidentológico de la policía, determina la velocidad del rodado conducido por la Sra. Quezada en unos 85 kms./hora;

aclarando que sólo ha considerado la pérdida de energía disipada en las huellas de frenada, “debiéndose considerar como mínima, ya que se desestimaron otros parámetros, como las deformaciones, rozamientos metálicos, etc. que también contribuyen a disipar energía cinética”.

Manifiesta, que si tenemos en cuenta que las energías disipadas, por fuera de las huellas de frenada, son de acuerdo a la bibliografía en la materia del orden del 30%, a la velocidad de cálculo (85 kms./hora) habrá que adicionar un 30% mas, es decir, 25,5 kms./hora, con lo que la velocidad de circulación del rodado, superaba los 110 kms./hora momentos antes de ocurrido el siniestro.

Afirma, que a fs. 70 de la causa penal, el perito Ingeniero Salmoiraghi calcula una velocidad para el rodado de la codemandada de 91,32 kms./hora, con la salvedad de que se trata de “velocidad técnica mínima de circulación para la camioneta Nissan, ya que se producen otras disipaciones de energía no calculadas...Si comparamos las deformaciones plásticas sufridas, con las que se producen en un ensayo de crash test, que normalmente se produce a 45 kms/hora, podemos afirmar que la velocidad real de circulación de la camioneta en el pre impacto era de 120 kms/hora”.

Destaca, que el perito designado por el Juzgado a fs. 433/442, indica: “como surge del desarrollo científico mismo utilizado por el Lic. Contreras, el Ing. Salmoiraghi, la Pick Up circulaba por encima de los 120 kms/hora, previo al accionamiento de los frenos”.

Señala que este informe pericial, no fue impugnado por las partes, y de este modo se consienten sus conclusiones.

Concluye en que, la totalidad de las pericias rendidas en la causa, y especialmente la oficial realizada en estas actuaciones, es clara y precisa en cuanto a la

determinación de la velocidad de la NISSAN, al sostener que es superior a 120 kms./hora.

En segundo lugar, cuestiona la sentencia por haber asignado una incidencia causal nula en el evento dañoso, a la excesiva velocidad de la demandada.

Sostiene, que la velocidad a la que conducía el rodado la demandada al momento de impactar al motociclista, era superior a 120 km/hora, cuando la máxima permitida en el lugar del hecho era de 60 km/hora. A partir de ello, interpreta que no hay duda del error del juez, al desestimar totalmente la incidencia causal que ha tenido esa velocidad en el evento.

Aduce, que de haber conducido la accionada a una velocidad inferior a los 60 km/hora, hubiera podido detener el rodado antes de impactar a la moto, o en su defecto podría haber intentado una eficaz maniobra evasiva; o si el impacto era inevitable, las secuelas incapacitantes del motociclista hubieran sido mucho menores al 97% que el hecho le generó.

A fs. 897 y vta., la citada en garantía contesta el traslado de los agravios, y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, observo que el fundamento troncal del recurso, radica en la atribución de responsabilidad asignada en la sentencia, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el día 6 de diciembre de 2009, en la ciudad de Neuquén.

Ello, por cuanto se rechazó la demanda interpuesta por los Sres. Juan Silvestre Arjona y Dominga Daniel Burgos contra Inés Quezada y La Segunda Coop. Limitada de Seguros, al entender que la responsabilidad total por el accidente era del Sr. Tulio Romeo Arjona, conductor de la motocicleta, por no haber respetado la prioridad de paso de la camioneta dominio: DCS-853, que comandaba la señora Quezada por la Ruta Nacional N° 22 de la ciudad de Neuquén, de conformidad con el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito.

Y además, por considerar que no existe relación de causalidad entre la velocidad excesiva de la demandada y la maniobra imprudente del Sr. Arjona.

A los fines de clarificar la controversia, parto de la base que las partes son contestes en el lugar, día y hora, y condiciones climáticas del accidente tránsito; como así respecto de su mecánica, por lo que la queja radica en la atribución de responsabilidad total al conductor de la moto, a pesar de que la conductora de la camioneta circulaba a una velocidad superior a la permitida (a más de 60 km/hora), en el lugar donde se produce el accidente.

En cuanto a la velocidad de circulación de la pick up, si bien el apelante sostiene que transitaba a unos 120 kilómetros, en función de las interpretación que efectúa de las pericias e informes, proporcionados tanto en la causa penal como en los presentes, juzgo que aun tomando en cuenta dicha velocidad (120 kms./hora), ello no resulta suficiente dentro del contexto cómo ocurrieron los hechos, para asignarle toda la responsabilidad a la conductora del rodado mayor.

Si bien, advierto que el exceso de velocidad es un elemento que influye como causa o concausa en la producción de un accidente automovilístico, debe ser valorado teniendo en cuenta las demás circunstancias del caso - persona, tiempo y lugar que rodearon al mismo-.

De allí, que no basta con invocar el exceso de velocidad para atribuir total o igual grado de responsabilidad a quién excede los límites de velocidad permitidos, sino que es necesario establecer una conexión lógica entre ese exceso de velocidad y la ocurrencia del siniestro, de manera tal que se pueda afirmar con cierto grado de convicción que de haberse respetado la velocidad máxima permitida, el accidente no

hubiera ocurrido o sus consecuencias hubieran sido factibles de ser atenuadas.

Así, cuando el obstáculo se presenta “casi simultáneamente”, es decir, si la motocicleta emprendió un “cruce temerario” disminuyendo las posibilidades de quienes circulan por una ruta o semiautopista, para que detengan su marcha o realicen con éxito una maniobra de esquive, la velocidad del rodado mayor no juega un rol determinante en la producción del accidente, pues aún circulando a una velocidad reglamentaria (en el caso 60 km/hora), el accidente seguramente igual se hubiera producido, aunque sus consecuencias hubiesen sido menores.

Distinta es la incidencia de la velocidad, si el motociclista hubiera cruzado con una antelación mayor a la de la camioneta, pues en tal caso la velocidad si juega un rol determinante o coadyuvante en la producción del accidente, pues la conductora de ésta última al advertir la presencia de la moto hubiera podido accionar los frenos con una antelación suficiente que le hubiese permitido evitar el impacto con la motocicleta.

Sobre la base de dichos lineamientos, entiendo que en autos hay prueba suficiente para atribuir cierto grado de responsabilidad a la conductora del rodado mayor, pero no en la medida solicitada por la actora.

Así, conforme surge de la causa penal que tengo a la vista: “Quezada Inés s/ Pta. Lesiones Culposas” (Expte. 27273/10), que tramitó ante el Juzgado de Instrucción N° 5 de esta ciudad, a fs. 22/23, obra declaración **del Sr. Jaime Andrés Aroca**, -testigo presencial del hecho- quien relató: “...yo me dirigía a mi domicilio en mi vehículo particular, por la Ruta Nacional N° 22, mientras esperaba el semáforo en

la calle O´Connors y ruta 22, cuando el semáforo se pone en verde, sale la camioneta, que estaba adelante, atrás sale un Fiat Siena Blanco y detrás salgo yo, todos por la mano de la orilla de la banquina, mientras circulaba me encontraba a unos cuarenta metros detrás de la camioneta que iba adelante, cuando observo que desde el lado Norte hacia el lado Sur, **un motociclista, que circulaba a una velocidad moderada, venía con casco y en ningún momento pensé que iba a cruzar la ruta, ya que no miró si circulaban vehículos por esta, pero la velocidad de la motocicleta era constante y sin detener la marcha comienza a cruzar la ruta, en dirección Norte Sur**, cuando el conductor de la camioneta observa la maniobra de la motocicleta, frena y se tira hacia el carril rápido de la ruta nacional 22, colisionando a la motocicleta, veo que el motociclista es arrojado al asfalto, freno y voy a prestar colaboración, llamando a la ambulancia y al comando para que se acerque personal de tránsito.” (el remarcado me pertenece).

En cuanto a las condiciones climáticas, expuso: “es asfalto seco, en buenas condiciones, estaba de día, despejado, buena visibilidad, no había ningún obstáculo que impida que el motociclista haya visto el tránsito de la ruta...”

A fs. 24/25 de la causa penal declaró el Sr. **José Domingo Vilo**, testigo presencial del hecho, quien dijo: “...me encontraba circulando en mi vehículo particular, un Fiat, modelo Siena, por la Ruta nacional 22, en dirección Este Oeste, con destino a Cutral Có, me desplazaba por el carril lerdo de la ruta, **recuerdo que en una calle que cruza la ruta, venía una motocicleta, una sola persona circulando arriba de ella, con casco, que sin mirar, ni frenar se metió en la ruta, delante de mi vehículo circulaba en la misma dirección que yo una camioneta marca Nissan, que al ver la maniobra del**

motociclista quiso esquivarlo, pero igual lo alcanzó a chocar...” (el destacado me pertenece).

Sobre las condiciones climáticas, manifestó: “estaba despejado, no había nada en el asfalto, estaba seco y no había mancha de aceite, la visibilidad era buena.”

A fs. 51 y vta., el testigo Sr. Jaime Andrés Aroca, ratifica el contenido y la firma del acta obrante a fs. 22/23, y en relación a la mecánica del accidente agregó: “Que el motociclista venía por la calle Mburucuya, no venía ligero, pero si a una velocidad constante, cuando veo como venía, pensé lo agarra, intenta cruzar la ruta sin mirar, cruzó como venía. En la entrada del Barrio Valentina donde estábamos esperando, que el semáforo nos habilitara para continuar la marcha, la camioneta estaba en primer lugar, luego el Siena, y detrás de este yo, desde esa intersección entre la Ruta 22 y O´Connors y ruta 22 y Mburucuyá, hay una distancia aproximada de 600 mts., más o menos, por lo que no se estaba circulando a gran velocidad, calculo que todos los vehículos iríamos a unos 60 km/h. Yo noté que el motociclista, subió a la ruta, sin mirar para ningún lado...”

A fs. 52 y vta., el testigo Sr. José Domingo Vilo, luego de ratificar su declaración de fs. 24/25, afirmó: “Pocos metros antes, en la entrada del cruce al Barrio Valentina, estábamos esperando la habilitación del semáforo para continuar la marcha, delante mió lo hacia la camioneta Nissan y detrás de mí el vehículo que conducía una persona que luego se identifica como policía. Cuando salimos del semáforo, hasta el lugar donde ocurrió el accidente, no se pero, habrá una distancia de 200 o 300 mts., quizás un poco más, todos los vehículos circulábamos a baja velocidad, de hecho unos metros mas adelante hay otro semáforo, así como dije circulábamos despacio. Yo venía como a 50 mts., detrás de la camioneta,

cuando veo que el muchacho de la moto que venía por una calle que cruza la ruta, subió como venía, pero no puedo decir a que velocidad lo hacía. La conductora de la camioneta se tiró hacia el carril rápido de la ruta, pero de todos modos alcanzó a golpearlo, lo agarró.”

De los testimonios transcriptos se puede inferir que el Sr. Tulio Romeo Arjona, circulaba por calle Mburucuya al comando de su moto, a velocidad constante y sin mirar ni frenar, ingresó en la ruta. Ello demuestra la conducta desaprensiva de dicho conductor, quién, conforme relatan los testigos, ni siquiera miró, ni frenó, a pesar de que estaba próximo a atravesar una arteria principal, como lo es la ruta nacional 22.

Cabe mencionar que en el lugar en donde se produce el accidente (Ruta N° 22 y calle Mburucuya de la ciudad de Neuquén), no existe semáforo, por lo que la prioridad de paso -cuestión no controvertida- la tenía el rodado que circulaba por ruta nacional 22. Tal circunstancia hace que quién pretenda cruzar dicha arteria, deba extremar los recaudos necesarios a fin de evitar interferir en la trayectoria de los vehículos que circulan por la vía principal.

En tal sentido, mínimamente el actor debió aminorar su marcha e incluso detenerse, y verificar que por la ruta no circulaba ningún vehículo para así emprender el cruce de manera segura.

Lejos de ello, según surge del relato de los testigos señalados, el motociclista continuó con su marcha, y sin mirar, emprendió el cruce de la ruta, realizando una maniobra “temeraria”, que contribuyó en gran medida a que se produzca éste lamentable accidente.

No obstante lo expuesto, considero que la Sra. Quezada -conductora de la camioneta Nissan, dominio: DCS-853-, también ha contribuido en alguna medida a la producción del evento dañoso, porque en los momentos previos al accidente circulaba a una velocidad superior a la reglamentaria, es decir, a más de 60 km/hora.

En el informe pericial realizado en la causa penal (fs. 58/59 y vta.), sobre la velocidad de los vehículos se dijo: “De las actuaciones recibidas, surge que durante el desarrollo de los hechos la pick up marca Nissan, dejó demarcado sobre la cinta asfáltica una impronta de frenado apreciada por un espacio de 36 m, en dicho recorrido disipó un gran porcentaje de la energía que animaba su movimiento pudiéndose transformar en velocidad si se aplica la siguiente ecuación físico matemática...**V= 85km/h.”**

“Del cálculo desarrollado sobre la presente, surge que la Pick Up, en su espacio de fricción consumió una velocidad de 85 kilómetros por hora, **debiéndose considerar como mínima,** ya que se desestimaron otros parámetros, como las deformaciones, rozamientos metálicos, etc., que también contribuyen a disipar energía cinética”.

“La conductora de la pick up, al percatarse de la existencia de la motocicleta sobre la ruta, aplicó los frenos, el vehículo dejó patentizada sobre el asfalto 3,10 m. de huella de frenada, hasta tomar contacto con el motociclista, post impacto, continuó con su trayectoria, oblicua, sobre el asfalto, hasta quedar en su lugar de reposo sobre el carril interno de la calzada Norte de la Ruta Nacional 22 y con su frente orientado hacia el cardinal Oeste.”

"La motocicleta post impacto, fue transportada, por el frente de la pick up, ayudado por las defensas que portaba el vehículo mayor, por el espacio de 33 m. al detenerse la camioneta la proyectó hacia delante para quedar en su posición de reposo, sobre el carril interno de la calzada Sur de la Ruta Nacional 22, apoyada sobre su lateral izquierdo con su frente orientado hacia el Sureste, a 33,7 m. hacia el oeste de la proyección imaginaria del cordón oeste de la calle Mburucuyá."

Del informe mencionado, se desprende que la velocidad mínima de circulación de la demandada era de 85 kms./hora; cuando en el lugar del accidente la máxima permitida era de 60 kms/hora (conf. pericia mecánica obrante a fs. 441).

De modo que, esa la velocidad mínima desarrollada, no era la real, pues como bien lo destaca el perito (fs. 58/59 de la causa penal), existen otros parámetros como deformaciones, rozamientos, que también se utilizan para el cálculo de la velocidad, y que en dicho informe no se tuvieron en cuenta.

Por su parte, el Ing. Mancuso, perito designado en autos, determinó una velocidad mínima de 90,76 km/h., en función de la disminución de velocidad correspondiente tan solo a la energía cinética (de velocidad) perdida en el proceso de frenaje con bloqueo de rueda donde se depositó caucho por 40,50 m., es decir que en esos 40,50 m. se desacelero 90 km/h. (ver fs. 438).

Teniendo en cuenta los demás parámetros, llega a la siguiente conclusión: "Como surge del desarrollo científico mismo utilizado por el Lic. Contreras, el Ing. Salmoiraghi, la Pick Up circulaba por encima de los 120 km/h. previo al

accionamiento de los frenos (estimado un probable de exceso de este umbral en un 15 % o más).

De modo que tengo que determinar ahora, la incidencia que tuvo en la producción del accidente, el hecho que la demandada circulara por encima de la velocidad reglamentaria permitida, debo partir de la base que la velocidad de circulación en la mayoría de los casos guarda relación de causalidad adecuada con la producción del evento dañoso, y si bien en el caso, tal como acontecieron los hechos, dicho exceso de velocidad no ha sido la causa exclusiva del accidente, sin embargo ha contribuido en alguna medida a su desenlace.

Ello, porque no es lo mismo circular a 60 km/hora -velocidad máxima permitida en el lugar-, que a 90 kms., o 120 kms., o a una velocidad aún mayor, ya que a mayor velocidad, mayor distancia de frenado y más distancia recorrida por tiempo de reacción.

En tal sentido se ha dicho: “Para calcular la distancia de frenado total de un vehículo, además del tramo de frenado efectivo debe computarse el tiempo de reacción de un conductor promedio, que puede ser de tres cuartos de segundo a dos segundos, según la capacidad de reacción del sujeto y sus reflejos y otros factores como el cansancio, embotamiento, estado de salud, etcétera.” (Marcelo López Mesa, Responsabilidad por Accidente de Tránsito, T° I, Pág. 463).

Cabe concluir, que si bien el motociclista fue negligente al cruzar la ruta sin detener su marcha y por no cerciorarse que no circulara ningún vehículo; la conductora de la camioneta tampoco ha sido del todo diligente, debido a la velocidad que le imprimía a su rodado (120 km/h.), al superar la máxima permitida en el lugar; por lo que de alguna manera

ha contribuido en la producción del accidente, pues si hubiera respetado la velocidad reglamentaria habría tenido la posibilidad de evitar el impacto o al menos atenuar las consecuencias del mismo.

Tal es así, que el perito en su informe de fs. 441, expresó: “Si la Pick Up con o sin defensa hubiera circulado a 60 km/h, no sólo que las lesiones hubieran sido mucho menores, el evento no habría ocurrido”.

Consecuentemente, propiciaré al acuerdo revocar la sentencia de grado en lo que hace a la responsabilidad por el accidente de marras, y que la misma se distribuya en un 20% a la Sra. Inés Quezada, en su carácter de conductora de la camioneta Nissan, dominio DCS-853, y en un 80% para el motociclista.

En definitiva, que se condene a la demandada y a su aseguradora -La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Generales-, ésta última en la medida del seguro, a abonar a los actores las sumas que se detallarán a continuación, con costas en igual proporción que la responsabilidad que le cupo a cada uno de los protagonistas del accidente.

Sentado lo anterior, corresponde que me aboque a estudiar la pertinencia de los daños reclamados en la demanda y su quantum indemnizatorio -en función de la responsabilidad atribuida a la demandada (20%)-.

Daño Moral: Comienzo por definir al daño moral como la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer, sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicada. (Eduardo I. Saux Tratado

Jurisprudencial y Doctrinario, Responsabilidad Civil Daño Moral, T° I, pág. 8, ed. La Ley, año 2011).

En igual sentido: “El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, t. 2, pág. 641; ver mis votos in re "De Ferrari, Horacio c/ Gauna, Adrián s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 13.880/2.008; ídem, "Luciani, Nelly c/ Herszague, León y otros c/ Ds. y Ps.", Expte. N° 21.920/2006, del 13/8/2010; "Peralta, Daniel Oscar c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 33.299/2005, del 10/5/2010; "Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010, entre muchos otros)”.

De manera que, cuando como consecuencia de un accidente, el damnificado sufre una disminución en sus actitudes físicas y psíquicas, el daño moral resulta evidente, pues la integridad física tiene por si misma un valor que resulta indemnizable no sólo desde una perspectiva de índole productiva, sino también desde un ámbito mucho más amplio, como lo es el personal, individual, afectivo y espiritual, que experimenta la víctima como consecuencia de dicho suceso.

En materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de las personas, existen dos aspectos que no deben ser confundidos: uno el atinente a la incapacidad, que en tanto se traduzca en

diferencias de ganancias, presentes o futuras, derivadas de la imposibilidad de realizar en plenitud las tareas habituales, configuraría un daño patrimonial indirecto; el otro relativo al daño moral, derivado del injusto ataque a la integridad física entendida como derecho de la personalidad. (CNCiv., sala G, 26/02/1990, Paravisi, Juan y otros c/ Verón, Mario y otro, La Ley 1991-D, 145).

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".

"...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".

Sobre la base de los lineamientos expuestos, observo de la demanda (fs. 41/70), que el actor, quién en vida fuera el Sr. Tulio Romeo Arjona, a través de su apoderado legal, reclama en concepto de daño moral la suma de $300.000, o en lo que en más o en menos surja de la prueba que se produzca en autos.

Para así hacerlo, luego de efectuar una serie de consideraciones sobre este daño, expresó que el joven Romeo Arjona Tulio, sufrió una serie de gravísimas lesiones que le generaron entre otras afecciones: haber permanecido en terapia intensiva, con respirador mecánico, con riesgo de muerte y sometido a innumerables cirugías, durante más de seis meses,

experimentando una incapacidad psíquica absoluta y problemas de motricidad, toda vez que la lesión de su miembro inferior izquierdo, le imposibilitó movilizarse por sus propios medios, dependiendo de silla de ruedas.

Las lesiones físicas descriptas se corroboran con la historia clínica obrante a fs. 226/314, 463/566, 569/589, 591/600, 601/608 y 610/616. Además, en la pericia médica de fs. 618/624, se determinó que el Sr. Romeo Arjona, como consecuencia de las lesiones que allí se describen, presenta un grado de incapacidad del 97%.

Sin perjuicio que las lesiones padecidas por el joven Tulio, son motivo suficiente para inferir la existencia del padecimiento moral, producto de las secuelas incapacitantes que se determinaron en la pericia médica, tendré en cuenta también lo expuesto en la pericia psicológica de fs. 400/411, en donde se sostuvo: “A partir de la evaluación realizada al joven Tulio se concluye que el mismo requerirá de una asistencia integral y permanente, aunque dicha sugerencia requeriría de confirmación desde área médica – psiquiátrica. Debido a que se considera un padecimiento grave, se sugiere tratamiento permanente.”

Al responder al interrogatorio N° 2, de fs. 451, dijo: “Si bien el caso, a partir de los relatos de los padres del joven Tulio, reviste antecedentes de importancia, cabe mencionar que la sugerencia del tratamiento que se ha realizado en el dictamen pericial en relación al Señor Tulio Romeo Arjona se encuentra motivado por el estado psicológico que el mismo presenta al momento de la evaluación pericial.” Al responder a la pregunta N° 3, expuso: “La sugerencia de tratamiento psicológico que se ha realizado únicamente se encuentra motivado en los **factores de estrés mencionados** en el dictamen pericial a partir del hecho de autos, de lo contrario

la recomendación sería diferente". (el resaltado me pertenece).

Conforme lo expuesto, se debe hacer lugar al daño moral reclamado en la demanda.

En relación a su cuantificación, debo decir, que si bien el daño moral 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, 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.

En función de lo expuesto, tengo por debidamente acreditados los padecimientos de índole moral sufridos como consecuencia del accidente, por quién en vida fuera el señor Romeo Arjona, quién al momento de siniestro contaba con 24 años, y, teniendo en cuenta el grado de responsabilidad atribuido en el accidente a cargo de la demandada (20%), y en función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, determino este daño en la suma de PESOS SESENTA MIL **($60.000,00)**, con más sus intereses desde la fecha del hecho (6 de diciembre de 2009) hasta su efectivo pago.

En relación al daño moral requerido por los Sres. Dominga Daniela Burgos y Juan Silvestre Arjona -progenitores de Tulio-, debo decir que si bien el art. 1078 del Código Civil, limita la legitimación activa para reclamar por daño moral al damnificado directo y solo en caso de muerte de éste a sus herederos forzosos, tal limitación se torna irrazonable

cuando lo solicitan los padres de la víctima de un accidente, que produce un grado de incapacidad como el que se presenta en autos: 97% de acuerdo a la pericia médica de fs. 618/624 y vta.

Dentro del contexto expuesto, es natural que los padres sufran daño moral al ver a su hijo con una incapacidad importante como consecuencia de un accidente de tránsito, precisamente porque ambos experimentan de manera personal, el sufrimiento espiritual que ocasiona las consecuencias limitantes, como dolores y demás padecimientos de su hijo.

La doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en relación a la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil, sostuvo: “[…] ingresando en el análisis acerca de la constitucionalidad del precepto normativo en cuestión, cabe sostener que el art. 1078 del Código Civil en cuanto limita la legitimación para reclamar el daño moral a los damnificados directos, resulta inconstitucional al vedar legitimación para obtener la reparación del daño moral de aquellos damnificados indirectos (como los hijos menores dependientes de quien padece una incapacidad parcial y permanente producto de una mala praxis médica; fs. 1529/1531).”

“Así, tal como sostuviera el doctor Roncoroni en el precedente C. 85.129, sent. del 16-V-2007, dominando este escenario en donde se enseñorea el inmenso dolor espiritual de los familiares, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere

el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso la hija (que era menor al tiempo de los hechos), carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si el señor M. hubiera fallecido como consecuencia de la infección hospitalaria padecida, sus hijos hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del padre hubiera producido.”

“Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos. La primera, porque se refiere al supuesto de la muerte de la víctima inmediata, caso en el que quedan legitimados para accionar iure propio por el daño moral sus herederos forzosos (art. 1078). El segundo, porque se refiere al supuesto concreto de injurias contra familiares (art. 1080).”

“Así, dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton ("Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, tomo III-A, pág. 180, N° 9 y nota n° 30 de la pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16, Const. nacional; en el mismo sentido, Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 140).”

“Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31, Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados

indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079, Cód. Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., Fallos: 16:118; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; conf. Quiroga Lavié, FE. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, 1ª edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", LLBA 2003, pág. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", LLBA 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, como si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral.”

“El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige. Por otra parte, el criterio propuesto en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. La existencia de un daño cierto, la relación causal adecuada y las circunstancias de cada caso resultan suficientes para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212-213). Así, si los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial, pero la misma no puede alcanzar la reparación de los agravios morales que pudieran padecer (arts. 1078 y 1079, Cód. Civil), las razones esgrimidas para dicha distinción

carecen de la razonabilidad suficiente que justifique el tratamiento normativo diverso.”

“Es descalificable la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil atento a su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

“Citaba el doctor de Lázzari en sus fundamentos concurrentes en el mencionado precedente (C. 85.129, sent. del 16-V-2007), que debía entenderse por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", ed. Alfa, t. III, pág. 355 y sigtes.).

"La impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la

consideración de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del artículo 28 de la Constitución nacional" (Fallos: 249:252).”

“Luego, en todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071, Cód. Civil), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2° párrafo, Cód. Civil).”

“Por otro lado, la norma del art. 1078 del Código de fondo también se opone al principio establecido en el art. 19 de la Carta Magna, por el que se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223).”

“En consecuencia, por lo sostenido hasta aquí, juzgo que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con los arts. 16, 19 y 28 de la Constitución nacional, portando una iniquidad ostensible, irrazonable y atentatoria del derecho de propiedad de la víctima […]”, (SCBA, Ac. 2078 del 02/05/2013, en la causa C. 102.284, "M., E. y otros contra Hospital Municipal Vicente López y otros. Daños y perjuicios").

Los fundamentos volcados resultan aplicables al caso, por lo que soy de la opinión que la limitación en lo que respecta a la legitimación activa para accionar por daño moral consagrada en el segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil, respecto de los padres de Tulio Romeo Arjona, resulta en el presente caso inconstitucional al ser incompatible con diversos tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En particular, diversas normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a una reparación integral del daño. Así, su art. 5, inc. 1 establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y su art. 63, inc. 1 dispone que cuando hubiere violación de los derechos garantizados por la convención procede "el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

Así, teniendo en cuenta las particularidades del caso, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación para reclamar por el daño moral solo al damnificado directo, por lo que cabe aquí reconocer dicha legitimación también a los padres del joven accidentado.

En consecuencia, a tenor de los argumentos expuestos, entiendo que los padres de Tulio Romeo Arjona, se encuentran legitimados para reclamar la reparación de la afección de esta naturaleza, y de acuerdo a la facultad que me confiere el art. 165 del Código Procesal, y sobre las base del grado de responsabilidad atribuido a la víctima (80%), estimo prudente fijar el daño moral para cada uno de los progenitores en la suma de **$40.000,** con más sus intereses (Tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A.) desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En otro orden, luego de realizar ciertas consideraciones en lo que respecta al daño psicológico, diferenciándolo del daño moral, el apelante expresa que es innegable que los padecimientos y sufrimientos experimentados por el actor provocan la desintegración completa de su personalidad, generando su absoluta frustración.

Menciona, que el traumatismo de cráneo experimentado por Tulio, que le ha generado la declaración de incapacidad, tiene grave repercusión en su psiquis, y se encuadra en este tipo de daños porque produce una alteración en la personalidad y no en las costumbres, como si lo hace el daño moral.

Sin perjuicio de la clara exposición argumentativa que realiza el actor, soy de la opinión que el daño psicológico no debe ser indemnizado de manera independiente, pues no es autónomo del daño moral o del patrimonial, sino que se ubica en uno de estos campos o en ambos.

En tal sentido, doctrina que comparto, ha dicho: “el daño psíquico no constituye una categoría “autónoma”, esto es, ontológicamente distinto de los daños patrimonial y moral, sino que posee -según los casos- proyección en una u otra esfera o en ambas a la vez. En efecto, en la mayoría de los casos, él puede traducirse en un daño material por importar una limitación o restricción a la capacidad de desarrollar actividades generadoras de riqueza; también es un modo específicamente determinado de sufrimiento que se experimenta en el plano moral y que, por ende, exige ser indemnizado. En relación a los gastos por tratamientos psicológico futuro, entiendo que resulta equiparable a cualquier otro gasto derivado del ilícito, susceptible de reparación...” (Marcelo

J. López Mesa, Responsabilidad por Accidente de Tránsito, Tomo II, Pág. 519, ed. La Ley, 2014).

En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta las lesiones que se reportan en la historia clínica, la pericia médica de fs. 618/624, psicológica de fs. 400/441 y las explicaciones de fs. 451/452, interpreto que se ha logrado acreditar debidamente el daño psíquico experimentado por el Sr. Tulio Ramón Arjona y su relación de causalidad con el accidente.

Y, si bien estimo que el daño psicológico no debe ser indemnizado de manera autónoma, lo he tenido en cuenta a la hora de evaluar el daño moral.

El daño al proyecto de vida consiste en la imposibilidad de desarrollar plenamente el proyecto que tenía para sí una persona, a consecuencia de un daño injusto sufrido por ella. Los ejemplos abundan: la niña estudiante de ballet que a consecuencia de un accidente pierde una pierna o le queda rígida; el pintor que queda ciego a consecuencia de la toma de medicación adulterada, etc. (obra citada, pág. 530).

Al igual que el rubro anterior, esta especie de daño puede ser perfectamente resarcible dentro de la órbita del daño moral o según el caso, dentro del daño patrimonial o de ambos a la vez, pero no constituye un tercer género de daños autónomo.

Por lo tanto, dicha especie de daños en el caso puntual de autos, ha sido evaluado dentro del daño moral.

En relación al daño por incapacidad física, prestigiosa doctrina ha dicho: “la incapacidad constituye la pérdida del ejercicio de funciones esenciales en la vida del hombre en su vida de relación, aptitud que puede repercutir en

el campo patrimonial o extramatrimonial de la persona, o en ambos a la vez. La incapacidad según el grado de afección a la integridad física, puede ser parcial o total. Así, será "parcial" si causa una disminución en las funciones de las personas, mientras que será "total" si ocasiona detrimento integral. La incapacidad, según la temporalidad de su duración, puede ser transitoria o permanente. Será "transitoria" cuando perdure por un escaso o prolongado tiempo, pero el damnificado tiene la posibilidad de restablecer su integridad física. Mientras la incapacidad será permanente cuando persistirá inmutable durante la vida del damnificado." (Sagarna, Fernando Alfredo, "Los daños provocados por la incapacidad total y permanente", La Ley, 1996-E-538).

En base a la historia clínica adjuntada a fs. 226/314, 463/566, 569/589, 591/600, 601/608 y 610/616 y a la pericia médica de fs. 618/624, se encuentra debidamente probado que como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente, el Sr. Tulio Romeo Arjona, presentaba una incapacidad parcial y permanente de un 97%.

Así, el perito médico, al evaluar la historia clínica, sostuvo: "El 6 de diciembre del 2009 a las siete de la mañana, TULIO ROMEO ARJONA padeció un politraumatismo gravísimo, con severo traumatismo encéfalocraneano, fractura de cabeza de fémur izquierda, fractura de platillos tibiales izquierdos y de la epífisis proximal del peroné, entre otras de menor entidad.

Previa tomografía axial computada de cráneo, que reveló hematoma subdural fronto-temporo-parietal-izquierdo, con edema cerebral, compromiso de los ventrículos laterales, hemoseno maxilar, otorragia y estado de coma profundo, fue

intervenido inmediatamente en el servicio de neurocirugía del Hospital Regional Neuquén.

Recién asistido, en estado de coma, y con control radiológico se procedió a reducir en quirófano la fractura de fémur y fijarla mediante tracción esquelética supracondilea y la colocación de una valva de yeso isquiopedica.

En esas condiciones se lo derivó al Policlínico Neuquén por falta de camas en el servicio de terapia intensiva (fs. 281 y vta., de autos y foja de ingreso al Servicio de Terapia Intensiva del Policlínico Neuquén, al que ingresó a las 16 hs.).

La fractura de cabeza del fémur izquierdo es de tipo Pipkin II, es decir que el trazo de fractura está por encima del ligamento redondo y compromete la zona de apoyo.

La fractura de tibia es de tipo Schatzker V, es decir es intraarticular, desplazada con ambos platillos articulares de la tibia fracturados con los fragmentos abiertos, desplazados, desalineados, con un severo cuadro de valgo e inestabilidad lateral y antero posterior, que origina una subluxación por falta de contención del sistema ligamentario.

El cráneo es una caja rígida, y su contenido, el encéfalo (cerebro, cerebelo, ventrículos cerebrales laterales, tercero y cuarto, y las meninges que cubren todas esas estructuras, compuestas por la duramadre, la piamadre y la aracnoides) se comporta físicamente como un líquido. Sabemos que por una elemental ley de la física hidrodinámica (ley de Boyle y Mariotte), que la presión ejercida sobre un líquido se difunde en todas direcciones con la misma intensidad. Dentro de la caja rígida que es el cráneo, cualquier masa extraña que

aumente su volumen, ejerce presión sobre las estructuras adyacentes, pero difusamente sobre todo el encéfalo...”

En el caso de autos el hematoma subdural provocado por el traumatismo sobre la región ubicada entre el frontal, el parietal y el temporal, con ruptura de vasos arteriales de los que emana sangre a presión (sistólica) ha ejercido presión directa particularmente sobre las áreas 4 y 6 de Brodman, que son las áreas motoras de la corteza cerebral, ubicadas por delante de la cisura de Rolando, lo que explica la hemiplejía derecha (parálisis de la mitad derecha del cuerpo) que presentó Arjona durante mucho tiempo, junto con la afasia de expresión. Esta afasia implica la imposibilidad absoluta de expresar una idea, ya sea verbalmente, por escrito, por gestos, por símbolos, es decir la imposibilidad absoluta de expresarse.

Recién el día 23 de diciembre Arjona pudo movilizar activamente los cuatro miembros, es decir, ya había cedido espontáneamente la hemiplejia derecha pero continuaba con la afasia de expresión. Recién el 26 de diciembre, según la historia clínica impresiona esbozar palabras incomprensibles aunque entiende órdenes simples. Cabe consignar que cuando ingresó al servicio de terapia intensiva estaba en estado de coma (Glasgow 4/15) y fue mantenido en coma farmacológico hasta el día 19 de diciembre, a partir del cual comenzó muy lentamente a recuperar la consciencia, cosa que ocurrió el 22 de diciembre”.

El día 24 de diciembre el paciente continuaba con tracción esquelética a la espera de los materiales de osteosíntesis y continuó sin mayores cambios hasta el 28 de diciembre en que pasó a una sala general, siempre en espera del material de osteosíntesis... ”

Asimismo, el perito afirmó: “Aplicando el METODO DE LOS NEXOS DE CAUSALIDAD, de AVELINO DO PICO, se ve que los parámetros etiopatogénico, cronológico, topográfico, indican que entre el hecho de la causa y las lesiones que padece el actor existe un nexo causal adecuado”.

De las partes transcriptas del dictamen pericial, realizado en base a la historia clínica, surge claramente la relación de causalidad entre el accidente y las lesiones sufridas por el Sr. Tulio, precisando claramente los acontecimientos médicos que se fueron suscitando a raíz de la intervención médica, con clara explicación del trauma sufrido.

A su vez, en relación al porcentaje de incapacidad del actor, el experto expuso: “A continuación los porcentajes de incapacidad sobre TOTAL VIDA, parcial y permanente que presenta Arjona en su principales lesiones: a)-DAÑO ORGANICO CEREBRAL: 50%; b)-FRACTURA DE CABEZA DE FEMUR: 25%; c) FRACTURA DE PLATILLOS TIBIALES: 18%; y d)- EPILEPSIA POSTRAUMATICA: 4%. TOTAL: 97%”.

En función de las claras consideraciones expuestas en el dictamen médico, a cuyos demás antecedentes médicos me remito por razones de brevedad, se encuentra debidamente acreditada la lesión física y las secuelas incapacitantes que presentaba Tulio Arjona como consecuencia del accidente, por lo que corresponde hacer lugar a la indemnización reclamada por dicho rubro, por el importe que determinaré seguidamente.

Así, corresponde cuantificar la incapacidad del actor conforme los parámetros que expondré a continuación.

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 una persona de 24 años a la fecha del hecho, cuyo ingreso mensual ha sido acreditado a través de los recibos obrantes a fs. 16/21, los que reportan un ingreso aproximado al denunciado por el actor a la fecha del hecho: $2.200,00; el porcentaje de incapacidad fijado por el perito médico del 97%, y teniendo en cuenta el porcentaje de responsabilidad en cabeza de la demandada (20%), en orden a las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, estimo en **$192.000,** la indemnización por daño físico –incapacidad sobreviniente-, importe al que se le adicionarán los intereses (tasa activa del Banco Provincia del Neuquén), desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

El actor reclama lucro cesante pasado, expresando que para su estimación debe tenerse en cuenta, el tiempo en que se vio privado de obtener dichos ingresos, es decir, desde el momento que resulta lesionado e incapacitado, hasta que se realice el efectivo pago de la indemnización.

Menciona, que el lucro cesante pasado tiene como límite la sentencia o bien el efectivo pago cuanto ella no es acatada.

En relación a este rubro, diré que ésta especie de daños, se vincula con las ganancias o utilidades que el actor ha dejado de percibir en su actividad laboral normal, como consecuencia del accidente (arts. 519 y 1069, Cód. Civil), de allí que, para su admisión se requiere la demostración cierta del perjuicio reclamado (art. 377 del CPCyC).

Analizado el item en cuestión, el mismo no prosperará, ello en función de que el lucro cesante se superpone con la indemnización otorgada por incapacidad física, ya que ésta se determina desde la fecha del hecho, aplicándosele intereses desde esa fecha hasta su efectivo pago, por lo que el mismo será rechazado.

Respecto a la “pérdida de la chance”, manifiesta que un joven de 24 años, como el hijo de los actores, con serias lesiones y con secuelas gravísimas que perduraran en el tiempo, al punto tal de ser declarado insano; que vivía de sus ingresos económicos, que su oficio como albañil le representaba, no sólo en la empresa de propiedad del Ingeniero Ramasco, sino, también desarrollando actividades en la construcción de manera particular e independiente; que llevaba una vida normal en todos los ámbitos de su vida, que practicaba deportes con amigos, que tenía una vida social similar a la de cualquier otro joven; y que anhelaba progresar económica y laboralmente; sufrirá una segura frustración de sus chances y futuras posibilidades de ingreso a futuros trabajos y en el desarrollo de su vida.

Ahora bien, conforme doctrina mayoritaria que comparto, diré que estamos ante una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible.

Vale decir, que hay algo actual, cierto e indiscutible, y ello es la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio. Al respecto creo indispensable efectuar dos precisiones. La primera, es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones de las meras conjeturas. De ahí que esa posibilidad pérdida —para dar nacimiento a la obligación de indemnizar— tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. La segunda precisión a efectuar en materia de chance es que —cuando lo truncado es una probabilidad suficiente— lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla, a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Esto significa, desde luego, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con el beneficio perdido, pues —si mediara tal identificación— se estaría indemnizando específicamente la ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance.

La jurisprudencia y doctrina, como ya se anticipó, es coincidente en los presentes lineamientos (ver Sala I, en autos, "Torres, Horacio J. c. Microómnibus Norte L. 60", del 16/11/2006; íd., "Simone de Del Moral, Emilia R. c. Granja, Miguel A.", del 18/03/08, JA 2009-I; íd., in re "Oubiña c. Soc. Italiana de Beneficencia y ots.", del 27/2/2008; CNCiv., Sala C, del 5/8/74, LA LEY, 156-274; CNCiv., Sala G, del 21/12/81, LA LEY, 1982-D, 475; CNCiv., Sala J, del 23/4/2007, en autos "V. A. c. Banco Superville; CNCiv., Sala D, del 24/5/2006, "G., R. L. c. G., P. A. y otros"; SC Mendoza, Sala 2, del 31/10/79, JA 1980-I-197; CNFed. Civ. y Com., Sala 2, del 26/8/88, LA LEY, 1989-A, 342; Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", vol. 2? "Daños a las personas", p. 373 y sigtes., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., "Derecho de Obligaciones", p. 790, N° 1856, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998)”(CNApCiv, sala B, De Innocentis, Norma c. Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A., LA LEY 15/10/2009 , 6, citado por esta Sala en “MERINO CRISPINO c/CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/D.Y P. - MALA PRAXIS” , EXP Nº 383014/2008).

En efecto: si la pérdida de chance es definida como un daño patrimonial que es indemnizable cuando implica una probabilidad -no sólo posibilidad- suficiente de obtener un beneficio económico que se frustra por la actividad del autor del perjuicio, exige para su procedencia, que se acredite inequívocamente la existencia de esa probabilidad (Cám. C.C. 1° Nom., 08/10/98, "Bruno c/ La Voz del Interior S.A., L: L.C., 1999-78, citado por TRIGO REPRESAS F. - LOPEZ MESA M., "Tratado de la Responsabilidad Civil, T. I, Ed. La Ley, pág. 468).

Aplicando estos parámetros al caso, el actor no ha logrado probar los extremos expuestos, a los fines de acreditar la pérdida concreta de la chance para que sea resarcida como un rubro autónomo e independiente de los demás.

Con respecto a las consideraciones expuestas sobre las futuras posibilidades de desarrollo de la víctima, las mismas quedan subsumidas en el daño moral, por lo que no corresponde indemnizarlas de manera autónoma o junto con la pérdida de la chance, como pretende el actor.

Por lo expuesto, dicho rubro será rechazado.

En otro orden, el accionante expresa que deben tenerse presente las actividades recreativas, deportivas y sociales que desarrollaba el Sr. Tulio, quién tenía gran afición por jugar al fútbol con vecinos y amigos de su barrio, y practicar cualquier tipo de actividad deportiva y de esparcimiento, que luego del accidente se vio imposibilitado de realizar.

Sin perjuicio de las consideraciones volcadas en la demanda, entiendo que dicho rubro se encuentra subsumido dentro del daño moral, por lo que no corresponde que sea indemnizado de manera autónoma.

Los padres de quién en vida fuera Tulio Romeo Arjona, reclaman bajo la consigna “daño económico de los progenitores”, los rubros: lucro cesante y pérdida de la chance. Expresan, que ha raíz de las consecuencias del estado de salud en que se encontraba su hijo, ambos debieron dedicarse a su cuidado y atención. En el caso de Dominga, era ella quién durante largos meses en que Tulio estuvo internado, se pasaba días enteros en el Hospital, cuidándolo y asistiéndolo.

Por su parte, el padre -Sr. Arjona-, debió avocarse a la construcción en su hogar, de una habitación acondicionada para Tulio, con los servicios necesarios, para que el joven permaneciera allí en reposo.

Relata, que así comenzaron las vicisitudes laborales del matrimonio, que se vio impedido de cumplir con sus compromisos de trabajo, de manera intachable como lo hacían antes del accidente de su hijo.

Señala, que Juan Arjona fue despedido en el mes de septiembre de 2010, y Dominga se vio imposibilitada de continuar con sus trabajos de mantenimiento y limpieza de oficinas, por lo que ambos se debieron abocar al cuidado de Tulio.

Por ello, ambos progenitores padecen de una pérdida de la chance, como consecuencia de la incapacidad que le quedara a su hijo (100%).

Sostiene, que la incapacidad total y absoluta del joven privará a los padres de percibir una ayuda económica, un sostén y colaboración en la ancianidad, y ante los problemas que la vida les pueda presentar.

En lo que respecta al “lucro cesante” de los padres de Tulio, adelanto su improcedencia, en función de que con ello se aplicaría de manera desmedida este tipo de indemnización, al contemplar circunstancias que exceden de aquella relación directa que debe existir entre el hecho y los padecimientos sufridos por la propia víctima a raíz del mismo.

Considero, que en el caso no existe un nexo de causalidad adecuado entre la pérdida de trabajo de los progenitores y las consecuencias que acarrea el hecho dañoso, pues las eventualidades que debieron sortear los padres para

el cuidado de su hijo, no necesariamente desembocan en la pérdida del trabajo de ellos, sino que se puede deber a un sinnúmeros de circunstancias que resultan ajenas al hecho.

Según surge del escrito de demanda, el Sr. Juan Arjona fue despedido de su trabajo en septiembre de 2010, es decir, un año después de producido el accidente (6/09/2009), circunstancia ésta que dificulta establecer la relación de causalidad entre la pérdida de trabajo del progenitor y el accidente de su hijo.

En el sentido expuesto la jurisprudencia ha dicho: “En el caso de padres que reclaman por la muerte de un hijo, debe resarcirse el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza: no como lucro cesante sino como pérdida de chance u oportunidad de que se diera o continuara en el futuro la posibilidad de ayuda. La procedencia del rubro, si bien indiscutible, en cuanto a su cuantificación, debe establecerse prudente y criteriosamente y en cuanto esa chance puede significar para el progenitor reclamante” (art.499,505,508,511,512, 513,902,903,904,1067,1068,1069,1109,1113,1084 del C.C.). (REFERENCIA NORMATIVA: CCI Art. 499; CCI Art. 505; CCI Art. 508; CCI Art. 511; CCI Art. 512; CCI Art. 513; CCI Art. 902; CCI Art. 903; CCI Art. 904; CCI Art. 1067; CCI Art. 1068; CCI Art. 1069; CCI Art. 1109; CCI Art. 1113; CCI Art. 1084 CC0102 LP 223928 RSD-139-96 S Carátula: Raingo, Carlos c/ Fernandez Alvez y otro s/ Daños y perjuicios).

Y que: “Por el juego de los arts. 1084 y 1085 del C. Civil se admite que en caso de muerte de un menor, lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para la familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un ilícito; esa indemnización cabe, si no a título de lucro

cesante, por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de haber vivido el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien pueda calificarse de cierto y no eventual, aunque para su cuantificación, debe merituarse que en el curso ordinario de las cosas, ese hijo hubiese a su vez constituido su propia familia a la que también le corresponde la carga jurídica y moral de sostener". (CC0102 LP 233637 RSD-192-99 S Caratula: Casado, José c/ Dirección Hidráulica s/ Daños y perjuicios).

Por lo tanto, si bien no resulta procedente indemnizar a los padres por el lucro cesante que reclaman, seguidamente se analizará si corresponde o no otorgarles la suma reclamada por pérdida de la chance.

En relación a este rubro, los actores sostienen, que si bien es común reclamarlo cuando el hijo fallece, en el presente caso Tulio nunca iba a poder ayudar económicamente a sus padres, debido al grado de incapacidad total, absoluta y permanente que experimentó.

Cabe recordar que la pérdida de la chance ha sido definida por la doctrina francesa como la "desaparición de la **probabilidad** de un suceso favorable". Con la expresión "pérdida de la chance" se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una posibilidad de una ventaja. (Cazeaux, Pedro N. y otro- Derecho de las Obligaciones, T° I, Pág. 347, Ed. La Ley, 4ª edición actualizada).

En efecto: si la pérdida de chance es definida como un daño patrimonial que es indemnizable cuando implica una probabilidad -no sólo posibilidad- suficiente de obtener un beneficio económico que se frustra por la actividad del autor del perjuicio, exige para su procedencia, que se acredite inequívocamente la existencia de esa probabilidad (Cám. C.C. 1° Nom., 08/10/98, "Bruno c/ La Voz del Interior S.A., L:L.C., 1999-78, citado por TRIGO REPRESAS F. - LOPEZ MESA M., "Tratado de la Responsabilidad Civil, T. I, Ed. La Ley, pág. 468).

En el caso, la pérdida de la chance se traduce en la probabilidad -no sólo posibilidad- de que el hijo ayude en la ancianidad a sus padres.

Más allá de que Tulio haya fallecido cinco años después del accidente, por motivos ajenos a él, conforme pericial médica de autos, el joven a consecuencia del accidente sufrió una incapacidad del 97%, circunstancia ésta que amerita otorgar la indemnización pretendida.

En efecto: el grado de incapacidad que experimentó el motociclista a raíz del accidente, se traduce en la probabilidad de que por dichas lesiones, aunque hubiera continuado con su vida, no podría haber asistido a sus padres durante su ancianidad, por lo que dicha frustración o pérdida de chance merece que sea indemnizada.

Por ello, teniendo en cuenta el monto reclamado en la demanda ($60.000,00) y el grado de responsabilidad atribuido a la demandada (20%), de acuerdo a las facultades conferidas por el art. 165 del CPCyC, fijo esta indemnización a favor de ambos padres en la suma de **$12.000,00**, a cada uno, con más sus intereses desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

Luego expone la parte recurrente, que al igual que las lesiones físicas, en las psíquicas, las víctimas tienen derecho a ser indemnizadas por todos los gastos de curación y convalecencia. Ello implica la concurrencia a tratamientos psiquiátricos o psicológicos, de la víctima y sus padres.

En relación al tratamiento psicológico de quién en vida fuera Tulio Romeo Arjona, por razones obvias (fallecimiento) no se hará lugar a dicho gasto.

En cuanto a los gastos por tratamiento de sus progenitores, en función de lo dictaminado por la perito psicóloga a fs. 409, en donde se expuso: “Se sugiere tratamiento psicológico individual para cada uno de los progenitores por el término de un año aproximadamente con entrevistas semanales, el costo de cada entrevista se estima entre $150 y $200.”, se hará lugar a dicho rubro.

En base a lo dictaminado por la psicóloga, y tomando como valor referencial el importe de $200, cada uno de los progenitores requerirá de un tratamiento semanal durante un año, lo que implica que cada uno deberá concurrir a terapia 48 veces, y ello arroja un monto total para cada uno de **$9.600,** con más sus respectivos intereses.

Como consecuencia del accidente Tulio Romeo fue trasladado al Hospital Provincial Neuquén, donde permaneció internado por largo tiempo; al Policlínico Neuquén, en donde requirió múltiples ingresos a quirófano, y finalmente fue derivado al Hospital Bouquet Roldan, donde recibió nuevas intervenciones quirúrgicas.

En la demanda se indica que al momento de su interposición, continuaba con tratamientos médicos que se prolongarían en el tiempo, entre ellos, el de rehabilitación

motora, rehabilitación kinesiológica, consultas a traumatólogos, neurólogos, y lo que es peor aún que debía someterse a futuras intervenciones quirúrgicas para el reemplazo de la articulación de rodilla y de cadera izquierda.

Señala, que tal como surge del informe médico que se acompaña como prueba instrumental, los gastos que se reclaman persiguen lograr una mejora en la salud del joven Tulio, procurando su recuperación al máximo posible. Y que, respecto a los gastos devengados es evidente que los padres como consecuencia del accidente, debieron afrontar gastos de farmacia, que no fueron brindados por el Hospital donde era atendido; uso pañales, vendas y demás elementos que Salud Pública no suministró.

Reclama en concepto de gastos devengados y futuros, la suma de $80.000, o en lo que en más o en menos surja de la prueba.

En relación a este tipo de gastos, la jurisprudencia ha sostenido que: “Tratándose de gastos médicos y de farmacia no es necesaria la presentación de recibos ni facturas, bastando con que guarden relación con las lesiones que presentan las víctimas, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial” (Cám. Nac. Especial, Sala l-27/8/82, citado por Hernán Daray, “Accidentes de tránsito”, T° ll, pág. 320).

Así, independientemente que de las facturas por gastos de farmacia adjuntadas surge un monto sensiblemente inferior al que reclama, considero que los gastos por asistencia médica y farmacéutica deben ser reconocidos en atención a las lesiones sufridas, tratamientos y cirugías a las que debió someterse, resultando el monto reclamado acorde con las contingencias vivenciadas por el joven Tulio. Es por

ello, que teniendo en cuenta los daños físicos sufridos y el porcentaje de responsabilidad atribuido a la demandada, habré de hacer lugar a la indemnización por este rubro en la suma que asciende a **$16.000,00.** A dicho monto se adicionarán idénticos intereses que en los rubros anteriores y por igual período.

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 - Nº 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., 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 - Nº 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).

En relación a la cobertura de la Obra Social –Derecho a la Salud-, luego de describir las lesiones, como así los tratamientos a los que deberá ser sometido el Sr. Tulio, se aduce que nadie ignora las lamentables carencias y falencias del sistema hospitalario público, motivo por el cual, deberá proveerse una indemnización que abarque el costo de una obra social que cubra todas y cada una de las contingencias que le ha generado este accidente y que lo acompañara de por vida.

Para calcular el rubro, hace empleo de la fórmula de matemática financiera abreviada, tomando como parámetro el valor de la obra social: $700; 46 años, como tiempo estimado en que Tulio requerirá de la obra social, lo que arroja una suma de $100.000.

Ahora bien, no obstante compartir los fundamentos constitucionales que invoca el accionante y que hacen a la protección del derecho a la salud, entiendo que en este caso no resulta razonable, ni justificado otorgar este tipo de indemnización en función del lamentable fallecimiento del Sr. Tulio, quien perdiera la vida a los 29 años.

Sin perjuicio de lo expuesto, el importe reclamado por este ítem ha quedado subsumido dentro de la indemnización por gastos médicos, abordada en el punto anterior.

Dice la demanda, que como consecuencia de la larga internación de Tulio -más de seis meses-, los actores han debido trasladarse desde su domicilio hacia los distintos nosocomios para su cuidado y atención.

Y, que ante la imposibilidad del joven de movilizarse por sus propios medios, y dado que la familia Arjona se domicilia en el Barrio Islas Malvinas de esta ciudad, distante del centro de atención y de los nosocomios locales, los actores debieron contratar taxis, remises e incluso acudir a la ayuda de familiares y amigos para su traslado.

Además, que luego de ser dado de alta, los padres del joven accidentado, se vieron en la obligación de alquilar durante ocho meses un pequeño departamento, más cercano al Hospital Bouquet Roldan, abonando mensualmente, conforme surge de los recibos que se acompañan, la suma de $800, totalizando $3.900. Se reclama la suma de $25.000, o en lo que en más o en menos surjan de las pruebas de autos.

Dentro del concepto de gastos, se incluyen los necesarios para que el afectado pueda trasladarse a los centros asistenciales, los que deben ser justipreciados conforme lo establece el art. 165 del Código Procesal. Teniendo en cuenta el monto reclamado en la demanda y el grado de responsabilidad que se le atribuye a la demandada, fijo este rubro en la suma de **$5.000**.

El accionante, en función de la doctrina y jurisprudencia que cita, expone que el gasto de curación,

aunque todavía no se haya efectuado, es indemnizable, como daño futuro desde que está probada la necesidad de realizarlo.

Manifiesta, que estos gastos son claramente previsibles, considerando que el joven deberá someterse a intervenciones quirúrgicas.

En abono de su postura, indica que el consultor técnico Dr. Ferro refirió: “Una artrodesis (que es la fijación articular definitiva por medio quirúrgico con cero movilidad de la rodilla). Bien optar por una prótesis total de rodilla, con la salvedad que el paciente es muy joven, implica que en unos años deberá someterse a un recambio de prótesis, la vida media de dichas prótesis son de 15 años aproximadamente...”

Más allá de la claridad expositiva que se desprende del líbelo de demanda, el rubro no resulta indemnizable pues no se puede obviar que al haber fallecido el Sr. Tulio, dichos gastos no se deberán realizar.

En cuanto al reclamo de recambio de prótesis, traeré a colación las mismas consideraciones expuestas en oportunidad de analizar el rubro anterior, por lo que a fin de no ser reiterativo, me remito a lo allí expresado.

En relación al gasto realizado para la adquisición de una silla de ruedas, teniendo en cuenta las lesiones padecidas por el Sr. Tulio, y en función de los argumentos expuestos al tratar los gastos médicos y de tratamiento, a los que me remito, considero procedente el importe que reclama el actor de $4.000; sin perjuicio de que dicho importe deberá ser disminuido en función del grado de responsabilidad que se le atribuye a la demandada (20%), por lo que el rubro prospera por la suma de **$800,00**, con más sus intereses desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago.

Gastos de asistencia personal y doméstica futuro:

Se reclama en la demanda los gastos de asistencia personal y domésticos futuros a favor de Tulio, por el costo de la categórica necesidad que tuvo y tendrá, respecto a una persona que lo asista en las tareas habituales de cuidado, higiene, alimentación, al menos durante ocho horas diarias.

Y, que conforme surge de los 17 recibos que se acompañan, la familia Arjona abonó la suma de $10.000, a distintas personas para recibir ayuda en el cuidado de su hijo. A su vez, que el perito de parte ha informado: "...necesita asistencia permanente para alimentarse, higienizarse, trasladarse..."

Esta persona deberá asistir a Tulio de por vida, ya que su estado de incapacidad absoluta es irreversible. Dada la complejidad y especialización de las tareas a realizar, se estima el sueldo de ésta en un mínimo de $1.000 por ocho horas diarias.

Asimismo, estima los gastos de asistencia de personal doméstico y de cuidados futuros que de por vida tendrá el Sr. Tulio. Efectúa los cálculos teniendo en cuenta la edad de joven al momento del accidente (24 años), y una vida útil de 70 años, lo que determina una diferencia de 46 años, teniendo en cuenta un salario de $2.100,00 mensuales, dicha operación arroja una suma de $27.300,00 que representa los gastos anuales que necesita realizar (teniendo en cuenta 13 meses x $2.100).

A los fines de cuantificar el rubro, teniendo en cuenta los parámetros expuestos (edad, salario, vida útil), aplica la fórmula matemática financiera y teniendo en cuenta

que los padres compartirán los beneficios de una empleada doméstica disminuye dicho importe en un 50%, lo que arroja una suma total de $210.000,00.

Sobre este punto, advierto que si bien en oportunidad de efectuar el cálculo en concepto de gastos domésticos y asistencia, el actor consideró como parámetro de vida útil, la edad de 70 años y a partir de allí, con ayuda de la fórmula de matemática financiera, efectuó los cálculos pertinentes relativos al rubro que reclama, dicho criterio no puede ser aplicado al caso de autos, precisamente porque el período de vida del actor –en función de la denuncia de su fallecimiento- fue mucho más breve que el conjeturado por el accionante.

De allí que, en función del breve lapso de tiempo que el actor debió ser asistido; es decir desde el 5/12/2011 (fecha indicada en la demanda a fs. 48), y hasta el 31/12/2014 (fecha de fallecimiento del actor, fs. 860), el cálculo por gastos por asistencia futura se limitó a 40 meses.

Si multiplicamos 40 meses por $2.100, se arriba a la suma de $84.000,00, a ese monto le debo restar el 50%, en función de que los padres compartían los beneficios de una empleada doméstica, lo que arroja la cifra de $42.000, que corresponde adecuarlo al grado de responsabilidad que se le atribuye a la demandada (20%), lo que arroja una suma de **$8.400,00**.

A dicho importe se le deben agregar los gastos ya realizados ($10.000), pero también teniendo en cuenta el 20% en función de la responsabilidad de la accionada, y nos da $2.000, que sumados a lo anterior, arroja una suma total de **$10.400** ($8.400 + $2.000).

Por lo expuesto, se hará lugar a la indemnización por gastos de asistencia personal pasado y futuro, que en su totalidad ascienden a **$10.400,** con más idénticos intereses que los rubros anteriores desde el 5/12/2011 hasta su efectivo pago.

Respecto a los Daños materiales por la motocicleta, los mismos se encuentran acreditados con la pericia accidentológica mecánica confeccionada por el Ingeniero Norberto Daniel Mancuso (fs. 441), quien expreso: “La moto sufrió afectación principalmente en su lateral izquierdo tanque de combustible, cachas, tapas de cilindros, cobertor de embrague, bocina, pata de cambio y pedalín caño de escape, luz de giro trasera izquierda, probablemente otras al desarme. Costo estimado de reparación $4.300,00, pudiendo incrementarse al desarme y devolución.”

Los daños descriptos en la pericia mecánica, se corresponden con la mecánica del accidente, por lo que resultan suficientemente acreditados.

En base al porcentaje de responsabilidad por el que prospera la demanda (20%), la pericial mecánica analizada y conforme las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, se hará lugar a este rubro por la suma de **$860,** con más los intereses a tasa activa, del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En cuanto a la **privación de uso**, y como nadie discute que la víctima de un accidente de tránsito se ve privada del uso de la moto, tiene derecho a ser compensada por este hecho, sin que sea menester la aportación de prueba alguna.

Del informe pericial técnico de fs. 441, se desprende que el tiempo estimado de reparación ronda los 7

días. Por lo tanto, teniendo en cuenta la suma reclamada ($2.000,00), el porcentaje de responsabilidad atribuido a la demandada (20%), y de conformidad con la facultad que me confiere el art. 165 del código de rito, el rubro prosperará por la suma de **$400,00**, con más los intereses a Tasa Activa que aplica el Banco provincial oficial, desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

IV.- En función de lo expuesto, propondré al Acuerdo, que se revoque la sentencia de grado y en consecuencia que se haga lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Juan Silvestre Arjona y Dominga Daniela Burgos, por la representación ejercida en autos, y en su mérito se condene a Inés Quezada -conductora del rodado Nissan, dominio: DCS 853- y a La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, ésta última en la medida del seguro, a que dentro del plazo de diez días de notificada la presente, abonen a los actores la suma de **PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA ($396.660)**, con más los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, conforme a lo determinado en los considerandos respectivos.

En atención a la forma como se resuelve, las costas de ambas instancias se distribuirán en proporción al éxito obtenido (20% a cargo de los demandados y 80% a cargo de la actora), manteniéndose los porcentajes establecidos en concepto de honorarios en la sentencia de grado, y regular los de Alzada de conformidad al art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.-Que habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede, y disentir con el valor obtenido para

indemnizar la incapacidad psicofísica, el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera que estimo aplicable –"Mendez"-, considero ajustado fijarlo en la suma de $299.856,14, propiciando establecer el monto de condena en $504.516,14; coincidiendo también, finalmente, con la imposición en costas los vencidos.-

II.-Que con motivo del análisis de la reparación de los daños a las personas individuales derivados de actos ilícitos, como ocurre en los presentes, 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**), 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 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 la 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, y 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" 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 "Vuotto" 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 los antecedentes reunidos concretan el presupuesto de evaluación que recepta la fórmula cuando estima que la evolución de la persona humana se reflejará en

su capacidad para generar mayores recursos, particularmente si en el caso la víctima tenía 24 años al momento del accidente, se acreditó una incapacidad del 97% que a lo largo del resto de su vida iba a impedir valerse por sí mismo, y más aún, si el punto de partida es la pauta salarial consistente en haber mínimo, vital y móvil de $2.200 vigente en aquella fecha.-

En consecuencia, aplicando a la citada fórmula C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (75/ edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $1.499.280,69, que en razón de la responsabilidad atribuida a los demandados (20%), deriva en el monto de $299.856,14.-

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 psicofísica sobreviniente al accidente a $299.856,14, por lo que propiciaré al acuerdo establecer el monto de la condena en la suma de $504.516,14.-

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

En lo que es materia de disidencia –metodología para arribar al monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente- adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini.

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

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 863/867vta. y en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Juan Silvestre Arjona y Dominga Daniela Burgos, por la representación

ejercida en autos, y en su mérito condenar a Inés Quezada -conductora del rodado Nissan, dominio: DCS 853- y a La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, ésta última en la medida del seguro, a que dentro del plazo de diez días de notificada la presente, abonen a los actores la suma de **PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA ($396.660)**, con más los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, conforme a lo determinado en los considerandos respectivos.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en un 20% a cargo de los demandados y 80% a cargo de la actora, en proporción al éxito obtenido. (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Mantener los porcentajes establecidos en concepto de honorarios en la sentencia de grado.

4.- 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.).

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

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