



NEUQUEN, 4 de Septiembre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"TOBARES MARCELO DAVID C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** (JNQLA3 EXP 428343/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 586/596 el A-quo dictó sentencia haciendo lugar a la demanda interpuesta por el actor contra Provincia del Neuquén y Galeno ART S.A. y las condenó a abonarle la suma de \$ 931.823,60 con más los intereses y costas.

A fs. 612/626 apeló Galeno ART S.A. Se queja por considera que existió una errónea interpretación del derecho, en tanto el cumplimiento de las normas de seguridad se encuentra a cargo exclusivo del empleador. Dice, que de las constancias de autos no surge ninguna prueba que permita acreditar incumplimiento alguno de su parte en normas de higiene y seguridad.

Alega, que la ART no puede imponer una modalidad de trabajo determinada a trabajadores que no son propios porque carece de la potestad de dirección que tiene el empleador, correlacionado con el deber de cumplimiento de órdenes e instrucciones del empleado.

Sostiene, que no tiene a su cargo un deber de seguridad y que si fuera por el deber de asesoramiento cualquier accidente que se produjera por incumplimiento de las normas de seguridad e higiene haría automáticamente responsables a las ART. Además, que en esos casos sería necesario traer a juicio a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social quienes



también serían responsables al no controlar adecuadamente a las aseguradoras y a los empleadores en el cumplimiento de sus respectivos deberes.

En segundo lugar, se agravia porque considera que existió arbitrariedad en la condena civil respecto de Galeno ART S.A. en tanto el actor no efectuó imputaciones concretas en su contra. Dice, que en su demanda la parte actora se limita a imputar responsabilidad objetiva en los términos de los arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil a su empleadora y subjetiva a la ART en los términos del art. 1074 de la normativa civil.

Sostiene, que no existe prueba alguna en el expediente que acredite que incumplió con las supuestas obligaciones a su cargo, en tanto no obra en autos pericial técnica que corrobore los dichos del actor en su demanda.

Alega inexistencia de la relación causal y dice que el actor dedujo en su contra imputaciones vagas e imprecisas y que la sentencia omite efectuar el tratamiento de la necesaria acreditación del nexo de causalidad con sujeción a las particulares circunstancias del caso.

También, se queja por la condena solidaria establecida en la sentencia de primera instancia. Dice que la solidaridad tiene calidad accidental y debe ser agregada a una obligación por la voluntad de las partes o de la ley, y que no puede reconocer como origen una sentencia.

Manifiesta, que tampoco se verifica que la solidaridad determinada en la sentencia surja de la LRT, en tanto la misma determina claramente obligaciones individuales e independientes a cargo de sujetos de derecho diferentes. Afirma que en el caso de autos nos encontramos ante obligaciones conexas no solidarias.



Por último, se queja con relación al monto de condena, el que califica de excesivo e irrazonable. Manifiesta que carece de fundamentación, por lo que existe una violación del derecho de defensa y una grave omisión en la valoración de las circunstancias del caso.

Señala que en la sentencia no se da una sola pauta que pueda valorar a fin de llegar razonablemente a establecer el monto de condena, lo cual afecta su derecho constitucional de defensa en juicio. Ello, porque el Sentenciante en ningún momento explica cómo hace el cálculo para arribar al monto final. Peticiona que se limite la reparación al detrimento económico efectivamente sufrido y fehacientemente probado por la víctima.

A fs. 627 y vta. expresó agravios el actor. Se queja por la fórmula utilizada por el magistrado de grado para calcular la indemnización.

Afirma, que en la instancia de grado se decide aplicar el promedio resultante entre "Vuotto" y "Méndez", lo cual violenta las disposiciones del art. 9 de la LCT, en tanto el caso de autos se trata de una relación laboral no probada por las partes. Solicita que se aplique el precedente "García Rosa" de esta Alzada.

A fs. 629/634 expresó agravios la demandada Provincia del Neuquén. Se queja porque habiendo contratado oportunamente a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, cumpliendo totalmente con su obligación legal y encontrando el actor reparación plena se la condena solidariamente sin más prueba y fundamento que la responsabilidad emergente del art. 1.113 del C.C.

Luego, dice que el A-quo para imputarle responsabilidad incurre en contradicción con relación a la carga de la prueba que pesa sobre quien alega un hecho,



aplicando principios de la normativa laboral de la que primeramente se había apartado por encuadrar el caso en normas civiles.

Manifiesta, que el fallo que ataca no cumple con los requisitos de una adecuada fundamentación respecto a la responsabilidad que se le imputa.

A fs. 636/637 vta. Galeno ART S.A contestó los agravios del actor. Solicitó su rechazo con costas. La Provincia del Neuquén y el actor no contestaron los agravios de sus contrarias.

A fs. 611 el Perito Lic. ... apeló sus honorarios por bajos.

A fs. 625 vta. la mencionada aseguradora apeló los honorarios regulados a los profesionales intervinientes en autos por altos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe señalar que no se encuentra controvertido en autos el accidente sufrido por el actor en fecha 13/02/09.

Luego, por una cuestión de orden lógico, corresponde tratar en primer lugar el recurso de la demandada en cuanto al encuadre legal dado por el Sentenciante.

1. Así, surge de la demanda que el actor imputa responsabilidad a la demandada, en tanto considera aplicable el art. 1.109 del C.C. porque la misma no cumplió con lo dispuesto por la Ley de Seguridad e Higiene 19587 y su decreto reglamentario 351/79, y además que, en el caso de autos se configura el riesgo de la cosa previsto en el art. 1.113 de dicho cuerpo normativo, en virtud de que las cosas de que se valía y que utilizaba en su provecho la demandada y que causaron las lesiones e incapacidades que posee (fs. 15vta. y 16).



Luego, a fs. 589 el A-quo sostiene que *"atento la fecha del siniestro (13/02/09) la responsabilidad y su extensión será resuelta conforme el Código Civil y demás leyes vigentes a ese momento"* y que en consecuencia le corresponde la carga de la prueba de la existencia del hecho, del daño y de la relación de causalidad entre ambos.

Posteriormente, al analizar la prueba del hecho el Sentenciante fundamentó sus conclusiones en lo dispuesto por el art. 356 del C.P.C. y C. (fs. 589 vta.) y se refirió a la prueba del carácter de cosa riesgosa de la escalera de la cual se cayó el actor (art. 1.113) (fs. 589), como también a fs. 591 y vta. los elementos de prueba con respecto al incumplimiento con las normas de seguridad que le imponen la obligación de proveer la protección adecuada para evitar accidentes (art. 1.109). En consecuencia, el agravio de la demandada Provincia del Neuquén en cuanto a la contradicción en el encuadre legal con relación a la carga de la prueba no resulta procedente como tampoco en punto a la falta de fundamentación respecto a su imputación de responsabilidad.

2. Por otra parte, con relación al agravio de la demandada fundado en la arbitraria discriminación de las normas del régimen establecido por la ley de riesgos del trabajo, el mismo tampoco puede prosperar. Es que, la apelante no rebate lo expuesto por el Sentenciante en cuanto a que *"el actor atribuye a las codemandadas responsabilidad civil"* y luego condena con fundamento en la responsabilidad civil de la demandada en los términos de los arts. 1.109 y 1.113 del C.C., (fs. 591 y vta.), es decir conforme el encuadre legal dado por el actor al demandar.

Además, el apelante señala que el actor encuentra en el caso una reparación integral y que el monto reclamado en la demanda resulta cubierto en su totalidad por el seguro que contrató con la ART, pero no efectúa ningún análisis al



respecto con relación al monto por el que procedió la demanda y la póliza en cuestión y tampoco brinda otros argumentos por los cuales no deba responder teniendo en cuenta que tal como dije, no cuestiona la aplicación de la normativa civil y sólo alega discriminación de las normas laborales.

En consecuencia, los agravios expuestos no contienen una crítica concreta y razonada, conforme exige el art. 265 del C.P.C. y C., por cuanto no considera la manera en que el A-quo fundamentó su condena.

Entonces, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el memorial de agravios "[...] *presenta defectos de fundamentación pues no contiene -como es imprescindible- una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422)*", (FALLOS 334: 1302).

3. Luego, en punto al agravio de Galeno ART cabe señalar que con relación a la responsabilidad de las ART el TSJ sostuvo: "*Ya se brindaron algunas ideas acerca del deber de prevención, y se las vinculó con las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Ahora es forzoso ampliar los conceptos para resolver el planteo*".

"*En tal sentido, se enunciaron -con transcripción del precedente "TORRILLO"-, las obligaciones que emergen de la ley 24.557. Estas se complementan con su Decreto reglamentario N° 170/96 - entre otras normas-. A su respecto, en la citada causa la Corte Nacional expresó "La reglamentación de la LRT [...] detalló diversos aspectos del desarrollo del plan de mejoramiento, al paso que previó, tanto que éste debía ser*



redactado 'en lenguaje claro, procurando evitar el uso de conceptos equívocos, de modo que el empleador pueda comprender con claridad sus compromisos e identificar los aspectos que debe mejorar para adecuarse a la legislación vigente' (art. 5º), cuanto que su marcha debía ser vigilada por las ART 'en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo', lo 29 cual implicaba verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan (art. 19, a y b)".

"El decreto citado también precisó que las ART debían brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a. determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b. normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo; c. selección de elementos de protección personal [...] (art. 18)".

"El art. 19, a su turno, después de disponer que las ART 'deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo', destacó entre aquéllas, v.gr., brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c); promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación (inc. d); informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (y en el propio decreto reglamentario), en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes (inc. e), e instruir a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento (inc. f)." (Considerando 5º)".



"Para completar el marco teórico referencial, cabe aclarar que el Art. 4 de la L.R.T. "Constituye la regla jurídica que enuncia el marco general de las obligaciones legales de prevención y control que pesan sobre la aseguradora y, por ende, puede válidamente integrar el basamento jurídico de una pretensión fundada en el art. 1074 del Código Civil" (FALLOS: 334:573, Considerando 3º) 5.3", (Sala Civil, PEREYRA CESAR OSVALDO CONTRA EMP. OMNIBUS CENTENARIO S.R.L. Y OTRO SOBRE ACCIDENTE ACCION CIVIL, Expte. N° 7- año 2012, Ac. 25/2016).

A partir de lo expuesto, corresponde analizar si en el caso de autos existieron los incumplimientos denunciados por el actor, y luego, en su caso, su incidencia causal en el daño.

El Sr. Tobares alega que tal incumplimiento se corresponde con la omisión de la aseguradora de incorporar un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad que indicara las medidas y modificaciones que debía la demandada adoptar. Dice que en consecuencia tampoco controló la ART la ejecución del Plan de Mejoramiento y nunca denunció los incumplimientos al mismo a la Supertintendencia de Trabajo, pese a estar obligada a ello.

En punto al plan de mejoramiento de las condiciones de seguridad e higiene, el experto a fs. 291 al responder en cuanto a si la ART formuló plan de mejoramiento junto con o en paralelo con la póliza emitida, expresó que *"no se presentó documentación al respecto por parte de la ART"*. Además agregó *"La ART efectuó informe de visita 04/03/09, no se presentaron capacitaciones en higiene y seguridad (anteriores al accidente o posteriores)"*.



Luego, a fs. 350 el perito sostuvo que *"El Ministerio de Desarrollo territorial no presentó las capacitaciones de acuerdo a los riesgos que se encontraba expuesto el Sr. Tobares, ni las mismas se encontraron en el expediente (previo al accidente ocurrido)"*. En este sentido declararon los testigos José Villegas Troncoso a fs. 416, Marianella Méndez a fs. 417, y Carlos Alberto Vilanova a fs. 418. Todos coinciden en la falta de capacitación a Tobares para su trabajo.

También debe considerarse lo expuesto por el experto en punto a que *"El art. 200 correspondiente a Protección personal de Trabajadores de la Ley de Higiene y Seguridad 19587 y su decreto reglamentario 351/79 y modificatorias dice que en todo trabajo en altura con peligro de caídas será obligatorio el uso de cinturones de seguridad", y "El ministerio de Desarrollo Territorial no presentó registro de entrega de cinturón de seguridad ni ningún otro elemento de protección personal como ser calzado, casco, guantes, anteojos de seguridad al Sr. Tobares"* (fs. 350/351).

Luego, en cuanto a la denuncia de la ART ante la Superintendencia de Riesgos del Seguro, no existen constancias en autos que la empresa haya realizado dicho informe, tampoco denunciado tal incumplimiento en cuanto a las medidas de prevención que debía establecer, ni que ello fuera denunciado ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Entonces, resulta aplicable lo expuesto por el TSJ al sostener que: *"A partir de esta singular circunstancia del caso, resulta que la A.R.T. podía contar con la información suficiente para individualizar el concreto riesgo que implicaba el modo en que se realizaba el cambio de neumáticos de los colectivos, tornándose de tal forma previsible y posible de evitar la producción del hecho generador del daño"*



con la denuncia al organismo estatal. Ello así, toda vez que esa medida es la que estaba legalmente a su alcance para evitarlo y hubiera permitido a la Superintendencia el oportuno conocimiento del estado de situación a partir del cual podía desplegar sus propias atribuciones para impedir la continuación del riesgo al que estaban sometidos quienes prestaban sus servicios en tales condiciones. Por consiguiente, queda comprobada la idoneidad de la inobservancia para evitar el daño y, por ende, su virtualidad para influir como adecuada causa”, (TSJ, en autos “PEREYRA” citados precedentemente).

Por otra parte, la apelante no rebate lo expuesto por el Juez de grado en cuanto a que conforme tiene dicho la CSJN en “Torrillo”, “Siempre que exista nexo de causalidad adecuado entre la omisión o deficiencia en el cumplimiento por parte de la ART de sus deberes legales en materia de prevención y seguridad en el trabajo y el daño no existe ninguna razón para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil”, (fs. 592).

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio de la demandada en cuanto a su responsabilidad, y confirmar la condena a la A.R.T. por inobservancia de los deberes legales a su cargo, (cfr. esta Sala en autos “MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLO Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL”, JNQCII1 EXP 327220/2005 ACUMULADOS CON LOS AUTOS “URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. s/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL”, Expte. N° 327220/5).

4. *Luego, en punto al carácter solidario de la condena se ha sostenido que “En los supuestos en que se haya demandado civilmente al empleador y a las aseguradoras de riesgos del trabajo (lo que no es incompatible con la acumulación objetiva-subsidiaria de la pretensión tarifada*



contra esta última), la sentencia deberá analizar separadamente los fundamentos de la condena de una y otra. La procedencia de ambas pretensiones no se implica recíprocamente de modo necesario y bien puede suceder que el juez entienda que concurren los presupuestos de responsabilidad respecto del empleador, pero no de su aseguradora".

"En caso de que la sentencia decida condenar civilmente a ambas, deberá hacerlo en forma solidaria; así resulta del juego de los arts. 1109 y 1081, CCiv. El primero establece que la responsabilidad de resarcir "es regla por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil" y el segundo que "la obligación de reparar el daño causado por un delito –que por remisión del art. 1109, CCiv., se aplica también a los cuasidelitos– pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque no sea un hecho penado por el derecho criminal", (Pérez Donati, Matías Nicolás, "Responsabilidad Civil Extracontracual de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo", AP/DOC/2160/2012".

Es que, "Cuando se responsabiliza a las ART conforme el art. 1074 CCiv., esto es, por omisión, en definitiva, se las está imputando por su acto negligente, es decir, incumplimiento de sus deberes de prevención, control, capacitación al empleador y a los trabajadores, denuncia a la SRT en caso de incumplimiento por parte de su asegurado, etcétera", (Kretschmayer, Verónica, La responsabilidad de las ART conforme al art. 1.074 del CCiv., Información legal, 0003/402822).

También se ha dicho que: "El hecho (de) que la ART deba responder solidariamente con el empleador tiene como fundamento legal el art. 1074 , CCiv., donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro cuando una disposición de la ley imponga una obligación. La responsabilidad nace siempre que



haya una obligación jurídica de obrar y sin que exista, por lo tanto, una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho. Las aseguradoras de riesgos del trabajo desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad. Están obligadas a asesorar a los empleadores para prevenir y proteger. De conformidad con el art. 4, ley 24557, y normas complementarias, deben controlar lugares donde se desarrollan las tareas y que se cumplan las normas de higiene y seguridad. Así, entonces, el empleador es responsable directo por el daño causado, y la omisión culposa en que incurriere la ART lleva a la aplicación del art. 1074, CCiv., por lo que debe responder solidariamente por el monto de condena", Rodríguez Brunengo. Ferreiros. 21.820/2004. C. Nac. Trab., sala 7ª, "Andrada, José C. v. Frigorífico Calchaqui Productos 7 S.A y otro s/ accidente. Acción civil" (30) Dalmartello, Danni, "Morali contracttuali", en "Rivista di Diritto Civile", 1993, ps. 55 y ss., citado por Mosset Iturraspe, Jorge, en "Responsabilidad por daños", t. I, p. 150", (Kretschmayer, Verónica, art. cit.).

Al respecto, se sostuvo que "La Aseguradora de Riesgos del Trabajo es responsable solidaria ante los daños sufridos por el trabajador si no se adjuntaron constancias que acrediten el cumplimiento de la obligación de control y prevención que recaía sobre ella, activando procedimientos preventivos tendientes a disminuir el riesgo de las tareas en tales condiciones, resultando evidente que su conducta negligente, consistente en la falta de adopción de medidas preventivas adecuadas y concretas para el caso del actor, constituyó el obrar antijurídico que culminó con las secuelas incapacitantes" (CNTrab., Sala VI, en autos "Flores, Héctor Tomás c. Mauas, Salomón y otro s/ accidente - acción civil", 12/02/2015, Información legal, AR/JUR/2928/2015).



A partir de lo expuesto, corresponde desestimar los agravios en punto a la solidaridad determinada en la sentencia.

5. Por otra parte, en cuanto a la queja del actor con relación a la cuantificación del daño físico, esta Sala sostuvo que *"Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (no arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar un quantum por muerte como por incapacidad permanente"* (Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, T. VIII, pág. 528, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2015), (esta Sala en autos "ARANEDA BEATRIZ ESTEFANIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 470840/2012).

Además, esta Sala sostuvo: *"Ahora bien, el alcance del resarcimiento, la determinación del "cuánto" apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial"*.

"Porque indemnizar a la víctima insuficientemente - de asistirle el derecho- es muy injusto. Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso... En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su



extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista ... Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "... la reposición de las cosas a su estado anterior..." (art. 1083 del Código Civil)..." (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18)".

"Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos".

"A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada".

"En tal entendimiento, he sostenido que: "la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial ("Villalba Miguel Ramon C/ Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil" P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula".

"Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias



acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "...para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte N° 343.739/06; 328949/5, entre otros)".

"A mi criterio, 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. Pero con las siguientes salvedades:"

"La fórmula Vuotto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual- se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T."

"Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso -o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo".

"Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período) no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar



valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208)".

"Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período".

"El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

"Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones":

"En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la



vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412)".

*"*En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/ D'Aloia, Daniel Edgardo" s/ indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., n° 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/ Ticket Neuquén S.R.L. s/ Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10)".*

*"*En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época del suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro", (cfr. voto de la Dra. Pamphile en autos "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" EXP N° 501889/2014).*

A partir de lo expresado, teniendo en cuenta la edad del Sr. Tobares al momento del hecho (41 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito médico (87,9%, fs. 393), la remuneración mensual anterior al hecho (fs. 594), extremos no cuestionados por las partes, y considerando las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, corresponde desestimar la apelación del actor en punto al monto de condena por el daño físico y confirmar la



justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado (art. 165 del C.P.C. y C.).

6. Luego, en cuanto al agravio de Galeno ART en punto a que es exagerado el monto de condena y no se encuentra debidamente fundado, a partir de lo expuesto y considerando además que el apelante nada dice de lo expresado por el A-quo con relación al daño moral, quien sostuvo que la envergadura del accidente excede cualquier normalidad lógica y razonable, que es lo que se traduce en el daño cierto (fs. 595), debe desestimarse este agravio.

Es que, con relación al daño moral debe considerarse que conforme informa el perito a fs. 310 y puede observarse en la fotografía de fs. 308, el actor *"presenta una cicatriz fibrosa de aproximadamente 20 cm. sobre cara externa de cadera izquierda, producto de osteosíntesis, a lo largo en el muslo"*.

Tampoco puede dejar de valorarse que debió ser operado de osteosíntesis de cadera izquierda, se le colocó clavo y tornillo, que debió padecer no sólo una larga rehabilitación sino también dolor (cfr. Historia Clínica de fs. 422/428).

Además, conforme surge del certificado de discapacidad de fs. 258 el actor padece vejiga neuropática no inhibida y a fs. 310 el perito médico expresó que *"el paciente despide olor a orina de su ropa interior a pesar de el uso de paños que se observa, debido a orina por rebosamiento con incontinencia urinaria. Refiere además incontinencia fecal. Todas estas instancias merman su vida de relación"*.

Lo expuesto conlleva a la desestimación del agravio en punto al monto por el que procedió la demanda.

7. En cuanto a la apelación arancelaria de fs. 625 vta. de Galeno ART con relación a todos los profesionales intervinientes en autos, adelanto que la misma no resulta procedente.



Es que, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones establecidas porcentualmente se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que corresponde su confirmación.

Luego, respecto a los honorarios de los peritos, dicha apelación como la de fs. 611, efectuada por el Lic. ..., tampoco pueden prosperar porque si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los mismos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID C/ CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 385961/9).

Sentado lo anterior y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que corresponde confirmar las regulaciones de honorarios de los peritos intervinientes en autos.

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación deducidos a fs. 612/626 por Galeno ART, a fs. 627 y vta. por el actor a y a fs. 629/634 por la Provincia del Neuquén y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 586/596 en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada por su orden debido a la forma en que se resuelve (art. 68, 2° párrafo del C.P.C. y C.). Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:



Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar los recursos de apelación deducidos a fs. 612/626 por Galeno ART, a fs. 627 y vta. por el actor y a fs. 629/634 por la Provincia del Neuquén y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 586/596 en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68, 2º párrafo del C.P.C. y C.), y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los correspondientes a la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA