NEUQUEN, 28 de noviembre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MELLA GONZALO FRANCISCO C/ CATALDO JUAN JOSE S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, **(JNQCI2 EXP** Nº **507696/2015**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Fernando Marcelo **GHISINI** y Patricia **CLERICI**, (conf. art. 45 Ley Orgánica) 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 obrante a fs. 204/209, hizo lugar a la demanda interpuesta y condenó al Sr. Juan José Cataldo y a San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, a abonarle al actor la suma de $37.065,00, en concepto de capital, con más sus intereses y costas.

Esa sentencia es apelada por el demandado y la aseguradora San Cristóbal Seguros S.M.S.G. a fs. 215, y por la parte actora a fs. 216.

A fs. 217 el perito médico ..., apela los honorarios regulados a su favor, por bajos.

II.- a) Agravios de la parte demandada (fs. 226/230 vta.)

Expresa que el fallo peca de una incorrecta apreciación probatoria al concluir con un desacertado reconocimiento de indemnizaciones sobre supuestos daños, que no han sido debidamente acreditados por la actora.

Afirma, que existe una lamentable corriente moderna jurisprudencial que confunde la presunción de responsabilidad objetiva con la presunción de los daños. Y que aquí no discute la responsabilidad objetiva resuelta por la a quo, pero sí se cuestiona el reconocimiento de indemnizaciones sobre daños inexistentes, en fragante violación del art. 377 del C.P.C. y C.

En cuanto al daño moral, dice que la suma de $20.000 otorgada en la sentencia por tal concepto, resulta excesiva.

Apunta, que el accionante no sufrió limitación física alguna y por ello, el rubro incapacidad física fue rechazado.

Sostiene, que el actor no ha demostrado debidamente cual es el daño moral padecido, ya que no se han producido testimoniales que dieran cuenta de los padecimientos y mucho menos con la magnitud para establecer una indemnización tan abultada de $20.000,00. Por lo que solicita el rechazo de dicho rubro.

Asimismo, critica, la imposición de las costas a su parte, cuando la pretensión global era de $290.065 y la condena prosperó solo por $37.065. Es decir que, procesalmente, solo tuvo éxito en un 12,77%, dicho de otro modo, la actora reclamó sin derecho un 87,22%.

A fs. 236 y vta., contesta agravios la parte actora y solicita su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de la parte actora (fs. 231/233)

En primer lugar, se queja porque la sentencia desestimó el reclamo de la indemnización por daño físico, al señalar que la lesión o padecimiento, que no niega ni desconoce, puede provenir de un sinnúmero de causas que menciona.

Expone que se le está imponiendo a su parte la necesidad de proporcionar pruebas negativas, es decir, demostrar que el actor no ha sufrido ninguna de las causas múltiples a que hace referencia el a quo, como posibles causas de cervicalgia y gonalgia inespecífica.

Transcribe párrafos de la sentencia, en donde se afirma que los dos años transcurridos entre el hecho dañoso y el examen, obstan al establecimiento de la relación, lo cual contradice al perito que precisamente explica que las secuelas

padecidas se prolongan en el tiempo. Y, agrega que el perito médico ha expresado: “El actor sufrió un accidente de tránsito con politraumatismos, asistido en el hospital público, medicado con antiinflamatorios. Como secuelas presenta una cervicalgia leve y gonalgia inespecífica.”.

Concluye, que frente a la imposibilidad material de probar la ausencia de otras causas que pudieran provocar la lesión, se ha acreditado que el accionante debió ser atendido de urgencia por traumatismos; que el perito médico sostiene desde su ciencia la causalidad requerida a los efectos indemnizatorios y en atención a la evidente contradicción con el dictamen científico que se incurre en la sentencia, solicita se revoque el acápite y se haga lugar al resarcimiento peticionado.

En segundo lugar, manifiesta que si bien la sentencia reconoce la existencia de la indisponibilidad del vehículo por el lapso de 10 días, interpreta que éste rubro sólo es resarcible “cuando se han probado los daños que como consecuencia de ella se provocan en la esfera patrimonial del reclamante.”.

Indica que dicha interpretación de los hechos es contraria tanto a la lógica jurídica, como a la lógica económica. De acuerdo a la misma, es lo mismo tener o no tener la disponibilidad del vehículo adquirido legalmente, salvo que se utilizara para realizar una actividad rentable, como trabajar con el rodado, desplazarse para ir o volver de un puesto en relación de dependencia, o dirigirse a un establecimiento educativo pero no resulta resarcible si el mismo se utiliza para el esparcimiento.

A fs. 238/239 la parte demandada contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que llega firme a esta instancia la atribución de responsabilidad establecida al demandado y a su

aseguradora, de modo que me avocaré al tratamiento de los rubros indemnizatorios cuestionados por las partes y a la crítica vinculada a las costas.

Ahora bien, en cuanto al daño físico que fuera reclamado por el actor en su demanda (fs. 12 y vta.), textualmente expuso: "...Dicho evento le ocasionó lesiones a mi parte las que requirieron el posterior traslado a un centro asistencial, la necesidad de tomar analgésicos de distintos tipos por dolores de rodilla y por cuadros de cefalea.".

"Daños Físicos: Como se ha dicho, mi parte sufrió una conmoción de entidad suficiente para justificar la intervención de los servicios de emergencia que concurrieron al lugar, y exámenes que posteriormente se le practicaron en el centro asistencial mencionado, a través de los cuales se constataron lesiones en la zona de las rodillas que requirieron puntos de sutura, además del estado de shock producido por la situación traumática vivida...Tratado desde entonces mediante el suministro de medicamentos desinflamatorios y pese al tiempo transcurrido, aún persisten los dolores, principalmente en la zona de las rodillas que la limitan tanto en su trabajo como en las tareas domésticas y académicas.".

Por su parte, el informe pericial médico obrante en autos a fs. 153/154 y vta., menciona: "Paciente ingresa por sus propios medios con marcha eubásica. En el examen médico se encuentra lucido, ubicado en tiempo y especio, colabora con el interrogatorio y el examen físico. Físicamente, en buen estado general. **Ingresa sin dificultades ni inmovilizaciones**. No presenta yesos. El examen de su cabeza y cuello no presentan heridas ni cicatrices. **El examen de su raquis vertebral cervical sin limitación funcional**. Cervicalgia. **El examen de su pelvis es normal sin limitación funcional.** **El examen de sus miembros inferiores sin limitación funcional**. Gonalgia bilateral. **Puede realizar la marcha en puntas de pie y con los**

talones. La atención, la memoria y el lenguaje sin déficit en el examen informal. No se encuentran otras lesiones vinculadas al mecanismo del accidente.” (el subrayado me pertenece).

Sin perjuicio de ello, el experto, arriba a la siguiente conclusión: “El actor sufrió un accidente de tránsito con politraumatismo, asistido en el hospital público, medicado con antiinflamatorios. Como consecuencia presenta cervicalgia leve y gonalgia inespecífica. La incapacidad se calcula según baremo de Altube Rinaldi en: Gonalgia Inespecífica bilateral 8.0% y Cervicalgia ...4,6%. Total 12,6%”.

Al responder los puntos de pericia ofrecidos por la actora (fs. 154), expuso: d) Según los certificados médicos las lesiones coinciden en tiempo y causa con el accidente. El examen se realizó según la lex artis”.

Al responder a la impugnación de la demandada (fs. 163), el perito dijo: “En los certificados médicos del hospital Castro Rendón se consigna TEC + traumatismo de rodillas...” Y que los diagnósticos informados en la pericia fueron Gonalgia (dolor de rodilla) y cervicalgia (dolor cervical).

Es decir, conforme surge de los antecedentes médicos referenciados por el perito a fs. 163, el actor con motivo del accidente ingresa al hospital Castro Rendón con: “TEC y traumatismo de rodilla”, ello implica que si bien producto del accidente sufrió una serie de lesiones leves, las mismas no le han generado el grado de incapacidad que pretende el actor.

Así, en lo que respecta a la valoración de la pericia médica, tal como lo expusiera en autos: **“MARTINEZ DENIS EDUARDO C/ CONSOLIDAR ART SA S/ RECURSO ART 46 LEY 24557”**, (Expte. Nº **414145/2010**): “...debe recordarse que el principio general que rige en esta materia, es que los dictámenes periciales no constituyen prueba legal, ello

implica que el juez no está obligado a acatar sus conclusiones, sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, si encuentra mérito para ello, puede llegar al extremo de dictar sentencia apartándose del informe pericial. De lo contrario, si el juez se viera compelido a aceptar las conclusiones de los peritos, a pesar de considerarlas absurdas o infundadas, la tarea judicial se reduciría a acatar lo expuesto por éstos en sus dictámenes, lo cual los convertiría en jueces de la causa, situación ésta que resulta inaceptable desde todo punto de vista, pues no debe olvidarse que los peritos son técnicos auxiliares, que si bien ilustran al juez para resolver un tema específico que escapa de su conocimiento, no lo reemplazan en la toma de las decisiones judiciales. También es claro que la posibilidad de disentir no es absoluta: rige aquí la idea de la "sana crítica". Al respecto, se ha sostenido: *"Como es destacado por pacífica doctrina y jurisprudencia, en estos tiempos es inaceptable sostener que la peritación médica es vinculante para el magistrado, quien se encuentra facultado para apreciar el dictamen pericial con los límites objetivos que le imponen las reglas de la sana crítica y recurriendo a otros métodos de convicción aportados a la causa (Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi 1992 t.1 p.49 y sig. y sus citas)"*, (López Miró, Horacio G., *¿Qué hacer ante una pericia médica contraria al estado actual de la ciencia o a las constancias de autos?,* DJ 11/10/2006, 444)".

Ahora bien, teniendo lo expuesto sobre el alcance y valoración del informe pericial, considero que se ha logrado acreditar que como consecuencia del accidente, el actor -producto de la caída de su moto- sufrió traumatismos en la rodilla (sin ninguna limitación funcional), por lo que tuvo que consumir analgésicos por los dolores provocados por el traumatismo mencionado.

Por lo tanto, si bien no en la extensión pretendida por el accionante, en base a los antecedentes médicos obrantes en autos y con el informe pericial médico, se ha logrado acreditar que como consecuencia del accidente el actor ha experimentado padecimientos físicos sin limitación funcional que deben ser indemnizados en su justa medida.

Por lo tanto, en función del daño físico sufrido, y teniendo en cuenta las facultades que me acuerda el art. 165 del Código Procesal, considero justo y equitativo otorgar al actor una indemnización por daño físico que fijo en la suma de: **$10.000,00** con más sus intereses desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, conforme fuera determinado en la instancia de grado.

En lo que respecta a la "privación de uso", esta Sala (PS2011-T°VI-F°1017/1023) ha tenido oportunidad de pronunciarse del siguiente modo: "En lo referente al rubro "privación de uso del automotor", diré que cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, la sola privación de su uso produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hecho de privar a otro de un rodado es ya un daño resarcible, sin que sea exigible una prueba adicional".

Además se dijo: "La sola privación del uso del automotor, durante el tiempo que razonablemente pueden insumir los arreglos, comporta un daño resarcible porque afecta uno de los atributos del dominio. **No es necesario que se lo destine a un uso comercial**; en los casos en que así ocurre, a aquel daño se agrega el lucro cesante que, en esos supuestos, debe ser probado".

Y finalmente: "El resarcimiento por privación de uso del automotor debe ser estimado prudencialmente teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la reparación del vehículo dañado, sin que quepa agravar la responsabilidad del deudor por la demora incurrida por el

damnificado para llevar a cabo esta tarea, aun cuando ella provenga de una supuesta falta de fondos, pues no existe al respecto una relación de causalidad adecuada".

Cabe traer a colación que en relación a este rubro, el perito a fs. 109, señaló: "El tiempo estimado de reparación de las partes afectadas, sin contar las posibles demoras mencionadas, por ser de difícil cálculo, se considera de 7 días hábiles.".

En función de lo expuesto, juzgo que resulta improcedente supeditar la indemnización de la privación de uso, a que la actora demuestre que utiliza el vehículo para ejercer alguna actividad lucrativa, por lo que, en función de los daños experimentados en la motocicleta, conforme describe el perito en su informe a fs. 144 vta., 145 y conforme presupuesto adjuntado a fs. 202, estimo prudente el tiempo indicado en la demanda como privación de uso, por lo que en función de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, fijo el valor de este rubro en la suma de **$3.000,00**, con más los intereses a Tasa Activa del Banco Provincia del Neuquén SA, desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En relación al agravio de la parte demandada vinculado al daño moral fijado en la instancia de grado, adelanto su procedencia.

En primer lugar, comparto el análisis que se efectúa en la primera instancia, en cuanto a que como consecuencia de las dolencias y traumas físicos sufridos por el accidente, el actor no necesita acreditar la existencia de agravio moral, pues el mismo se presume por el hecho mismo del accidente y las consecuencias experimentadas como producto de las lesiones sufridas.

Por lo tanto, más allá de la falta puntual de prueba, que argumenta el apelante como fundamento de sus

agravios, entiendo que en el caso, a pesar de ello, el agravio moral, tal como lo adelantara, resulta procedente.

Finalmente, en cuanto a las costas, debo decir que más allá que la demanda haya prosperado por un monto inferior al peticionado en la demanda, teniendo en cuenta el resultado propiciado al tratar los agravios del actor, en donde se han acogido la totalidad de los rubros reclamados, las costas impuestas en primera instancia, habrán de ser confirmadas, con costas de Alzada a cargo de los demandados atento a su carácter de vencidos.

Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar a la apelación del actor en la medida dispuesta oportunamente, y fijar la indemnización por los daños físicos en la suma de $10.000,00, y hacer también lugar al rubro “privación de uso” por la suma de $3.000,00.

Consecuentemente, la sentencia se incrementará en $13.000,00, lo que totaliza la suma de **$50.065,00,** y a dicha suma se le aplicaran intereses fijados en la sentencia de primera instancia, es decir, desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En cuanto a la apelación de honorarios del Dr. ..., teniendo en cuenta la extensión de su trabajo y la repercusión que él mismo ha tenido para el desarrollo y resolución de la presente causa, considero que los regulados en la anterior instancia deben ser confirmados.

IV.- Por lo expuesto, se revocara parcialmente la sentencia de grado, y se hará lugar a la indemnización reclamada por el actor por el “daño físico” y la “privación de uso”, los que en su conjunto ascienden a la suma de $13.000,00, lo cual sumado a lo establecido en la sentencia de origen, totaliza un monto de condena que asciende a: **$50.065,** con más los intereses (Tasa activa BPN), desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, debiéndose regular los

honorarios correspondientes a esta instancia, conforme art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

La **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

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

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 204/209, haciendo lugar a la indemnización reclamada por el actor por el “daño físico” y la “privación de uso”, los que en su conjunto ascienden a la suma de $13.000,00, lo cual sumado a lo establecido en la sentencia de origen, totaliza un monto de condena que asciende a: **$50.065,** con más los intereses (Tasa activa BPN), desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Confirmar los honorarios regulados al Dr. ....

3.- Imponer las costas de Alzada a los demandados en su carácter de vencidos (art. 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento 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 - Dra. Patricia Clerici
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA