NEUQUEN, 16 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RODRIGUEZ FERNANDO EZEQUIEL C/ BURGOA NOEMI INDAMIRA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (**JNQCI4 EXP** N° **503071/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. José I. **NOACCO dijo:**

I.- Se dicta sentencia a fs. 204/210 haciendo lugar a la demanda, decisión que es apelada por el actor, expresando agravios a fs. 220/222.

Se agravia pues entiende que la sentencia incurre en la confusión de igualar daño patrimonial con capacidad laboral, pues excluye a las cicatrices, desconociéndolas como lesiones incapacitantes.

Señala así que efectivamente las cicatrices están incluidas, en los baremos, como incapacitantes pues quien las posee sufre un detrimento en su armonía física que puede llegar a generar incapacidad económica al momento de buscar empleo, más aun cuando se encuentran en el rostro.

Cita antecedentes de este Cuerpo y solicita se eleve la suma del daño patrimonial, a partir de tener en cuenta las cicatrices.

En segundo lugar se agravia por lo que entiende ha resultado una suma muy baja en concepto de daño moral, pues entiende que frente a los padecimientos sufridos por el actor y que se encuentran suficientemente acreditados, la suma es escasa e insuficiente. Alude a lo expresado por la perito psicóloga en su dictamen y expresa que ello da cuenta de la

profunda afección del daño moral, por lo que corresponde elevar su cuantía.

Asimismo expresa que sin perjuicio de lo manifestado respecto de las cicatrices y su necesaria consideración dentro del daño patrimonial, para el caso que esta Alzada considere que deben contemplarse en el moral entiende que la Jueza no las tuvo en cuenta ni siquiera para este rubro pues no sólo fijo una suma muy baja, sino que tampoco las mencionó al momento de fundar la procedencia del daño.

A fs. 214, el letrado apela los honorarios regulados por bajos y por altos.

II.- Ingresando en el primero de los agravios, he de señalar que el mismo no habrá de prosperar, pues coincido con el enfoque realizado en la instancia de grado en cuanto al porcentaje de incapacidad tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización por incapacidad física.

Así la deducción del porcentaje determinado en la pericia en relación a las cicatrices que le quedaran al actor, no importan una secuela incapacitante en sí, pues sin perjuicio de que a fs. 121 la perito médica señalara: *"Las cicatrices faciales son notorias y al actor le ha ocasionado, causa de discriminación laboral por eso considero que no se puede menospreciar, además tiene dolor en región malar de fractura"*, ello se contrapone con lo manifestado por el actor al momento del examen psicológico.

Allí, según da cuenta el informe, realizado con cierta proximidad al siniestro se indica al referirse a los datos del peritado: *"Trabaja en un gimnasio y en un club de futbol dando clases desde hace dos años y medio aproximadamente. Además de estudiar…"*, de modo tal que si bien luego del siniestro pudo haber guardado reposo unos días, el

hecho de continuar trabajando en los mismos lugares descarta la mentada "discriminación laboral" a raíz de las cicatrices.

Por lo dicho encuentro correcta la determinación de limitar el porcentaje sólo a las lesiones incapacitantes, no obstante que las cicatrices sean consideradas en relación al daño moral.

Esto último me da pie para ingresar en el segundo de los agravios que es el referido al monto otorgado en concepto de daño moral.

Al respecto en un caso similar al presente, he tenido ocasión de considerar: *"Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160)".*

"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)".

"Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización".

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial".

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica…Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización…Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro…El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular".

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración…La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La

indemnización del daño moral. Avaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38)" -cfr. autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación", expte. 421.965/2010, sentencia de fecha 21/2/2017; "Castellán c/ Corbani", expte. n° 505.828/2014, 2/11/2017, entre otros." "SOTO MAXIMILIANO FABIAN C/ EL COMERCIO CIA.SEG.PRIMA F.SA Y OTROS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" EXPTE. 452220/2011), del 12 /2/19, de esta Sala II)

Bajo estas pautas, teniendo en cuenta que las cicatrices se ubican en el rostro, que se trata de una persona muy joven, quien según da cuenta con contundencia el informe psicológico de fs. 81/84 da suma importancia al cuerpo y además es profesor de educación física, encuentro razonable elevar la suma otorgada en la instancia de grado a $ 130.000, en concepto de daño moral.

Sentado lo que antecede y en cuanto a la apelación arancelaria del Dr...., estimo que le asiste razón en cuanto a que el porcentaje otorgado en la instancia de grado resulta bajo, teniendo en cuenta las tareas realizadas, proponiendo en consecuencia elevarlo, el que deberá calcularse sobre la nueva base que surge de la elevación del monto de condena que aquí se propone, al 16% más el 40% que le corresponde por el sobre carácter asumido (arts. 7 y 10 de la ley 1594), lo cual totaliza un 22,40%.

Luego y en cuanto a la regulación de los honorarios por la labor ante la Alzada, y si bien en otros supuestos hemos tomado como base regulatoria los emolumentos establecidos en la instancia de grado, entiendo que una nueva lectura del art. 15 de la ley 1.594 y por aplicación de los principios generales en materia de honorarios profesionales, aquella base regulatoria debe estar circunscripta al interés económico comprometido en la apelación, ya que de otro modo, la regulación podría ser injusta por desproporcionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito ("Fox c/ Siderca S.A.C.I.", 28/7/2005, Fallos 328:2725).

También ha sostenido la Corte Suprema que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 –norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

Surge de la expresión de agravios que el cuestionamiento respecto de la sentencia de primera instancia se refiere a determinados montos, cuya elevación se requiere a esta Alzada siendo así, y de conformidad a como fuera resuelto, el interés económico comprometido en esta instancia es la suma de $ 30.000.

Ello determina que aplicar la escala prevista en el art. 15 de la ley 1.594 tomando como base los honorarios que se liquiden en primera instancia, resulta injusto por desproporcionado, en tanto el interés económico en juego en la instancia de grado es sensiblemente superior al involucrado en esta.

Consecuentemente, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada la suma de $ 30.000 más sus intereses, regulando sobre dicha base a favor del Dr. .... en el doble carácter por el actor en un 6,7 %, porcentaje que surge de aplicar el 30 % (art. 15 ley 1594) sobre el 22,4% (art.7 y 10).

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la demandada vencida.

La Dra. Patricia **CLERICI**, dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 204/210, condenando al demandado a abonar al actor la suma de $ 694.200 con más los intereses dispuestos en la instancia de grado; confirmándose en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de esta Alzada al accionado vencido. (art. 17 ley 921 y 68 CPCyC.).

III.- Regular los honorarios de conformidad a lo establecido en los considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
DRA. MICAELA S. ROSALES - Secretaria