NEUQUEN, 6 de Agosto del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"SCARPECCIA AGUSTIN ALEJANDRO C/ QUIROGA MATIAS DANIEL Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI6 EXP 513617/2016)** 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 la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.-** La sentencia de grado es apelada por el actor.

Se queja de que se haya descartado la incapacidad laboral, bajo el argumento de que en el fuero civil no corresponde indemnizar este concepto.

Expresa que este razonamiento resulta contrario a la doctrina legal que señala que la indemnización por incapacidad física comprende todas las fases de la vida de la víctima, abarcando la social, deportiva, etc, y fundamentalmente la laborativa.

Agrega que lo decidido desconoce lo prescripto por el art. 1738 y 1746 del CCyC, y que el nuevo Código recopila la construcción jurisprudencial en la materia.

Por ello, solicita se eleve el porcentaje de incapacidad.

En segundo lugar, plantea que el monto reconocido por daño moral es reducido y que omite considerar los padecimientos sufridos por el actor, las distintas constancias médicas incorporadas a la causa que dan cuenta, entre otras cosas, de la cicatriz que presenta el accionante.

Entiende que la suma otorgada es insuficiente y no satisface el demérito sufrido, por lo que debe elevarse.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta.

**2.-** Así planteados los temas a decidir, entiendo que el recurso resulta procedente.

Esta Sala ha considerado, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y que ésta abarca no sólo el aspecto laboral, sino las demás consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social.

Puntualmente, señalamos que "…tal 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) ("MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH CONTRA SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE" (EXP N° 395793/9).

En esa senda, hemos dicho:

"…en el caso de las lesiones físicas, el lucro cesante está dado por la efectiva pérdida de ganancias que se producen en razón de la imposibilidad de trabajar hasta que es dado de alta; en cambio con la indemnización por incapacidad, se cubre la incidencia futura de la indemnización"; "La indemnización por lucro cesante está destinada a satisfacer las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad laboral de la víctima que luego vuelve a obtener ingresos al reincorporarse a su trabajo; en tanto que la que se acuerda

por incapacidad sobreviniente cubre el quebranto patrimonial derivado de las limitaciones que se verifican una vez reanudadas las tareas o constatada la definitiva imposibilidad de hacerlo" (citado en Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas-Integridad psicofísica", Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 1990, t. 2a, pp. 243)" (Esta Sala, ROJAS SANDRA MONICA Y OTROS CONTRA RETHANZ ARTURO ANDRES Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 367872/8)

En dicha causa, no existía prueba sobre las actividades que concretamente desarrollaba la víctima antes del evento dañoso.

Pero concluimos que: "en esta situación, se ha sostenido, creo que con acierto, que "…lo que en realidad se trata de resarcir, es la pérdida o disminución de una "chance", palabra francesa, significativa de oportunidad u ocasión propicia. Se habla de chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible (conf. Matilde Zavala de González en su obra "Resarcimiento de daños", t. 2, p. 373). En ese andarivel podemos decir con la autora citada que **"en general se considera que la mutilación física o incapacidad de una persona apta productivamente genera, aún en defecto de lucro cesante, la pérdida de chance para desenvolverse en la vida económica y de relación"**.

**Al hacer referencia a la "aptitud productiva", no estamos exigiendo que esa capacidad de crear bienes y servicios sea contemporánea con el accidente; basta sólo que verosímilmente la persona pueda llegar a producirlos en el futuro, pues la vida humana que no se ha extinguido en el**

**infortunio no sólo es presente, sino que se proyecta hacia los nuevos tiempos. Y esa disminución de aptitudes, cuando es permanente, debe ser adecuadamente compensada para evitar la frustración del objetivo de todo resarcimiento: el respeto al principio de reparación integral -art. 1083, Cód. Civil-** (causa "ROJAS", ya citada).

También razonamos:

"…Para fijar el monto de la indemnización del daño material, **no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral**, sino también, ponderar los perjuicios causados en todo el haz de relaciones que surgen del sujeto dentro de los cuales el **aspecto laboral sólo es uno entre muchos.**

De este modo, la prueba de las secuelas de los daños sufridos fuera del ámbito laboral, su incidencia y repercusión puede válidamente surgir de otros medios probatorios, siempre que permitan formar la convicción de la existencia de daños ciertos.

…También debe ponderarse que hay que tomar en cuenta la 'chance' **o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido; también, la edad del actor, lo que lo enfrenta a una larga vida laboral** y que, si en algún momento perdiera el empleo, le podría resultar difícil conseguir otro, según la incapacidad que porta, su edad y otras variables propias del mercado de trabajo.

Por otra parte, dada la entidad de las lesiones padecidas y el tiempo de convalecencia, es presumible, conforme al normal y habitual acontecer de los hechos, que ésto ha impactado en su vida de relación, en el plano de sus potencialidades existenciales y en **sus actividades relacionales cotidianas, más allá de lo laboral**, al no

corregirse las secuelas –en términos de Zavala González- luego de una asistencia más o menos breve y sencilla.

Todas estas circunstancias determinan la procedencia de un reconocimiento de una incapacidad física, en resarcimiento que excede del previsto por el régimen de infortunios laborales, pero que debe también merituar lo resarcido en dicho ámbito" (NEIRA BAEZ EDUARDO OSCAR C/ CIEPA JUAN CARLOS Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI5 EXP 506777/2015).

Y también:

"… 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) ("SOTO NATALI ALEJANDRA GISELLA C/ BARHEN MARCELO JAVIER Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE", JNQCI2 EXP 471182/2012).

Aplicando todos estos lineamientos al caso de autos, es claro que el razonamiento de la magistrada, en tanto

expresamente excluye de la indemnización la merma específicamente laboral, no puede convalidarse.

Nótese que, en el caso, el concepto de reparación integral no se alcanzaría si la dificultad para realizar tareas habituales y laborales que señala el perito médico (hojas 151/157), no se contempla en la reparación.

Ahora bien, no obstante que la medicina ha establecido ciertas tablas para asignar porcentajes de incapacidad a ciertas afecciones, las determinaciones generales son residuales a las particularidades de acreditación de las bases fácticas del caso (conf. Acciarri Irigoyen Testa, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", La Ley 2011A, 877, Cita Online: AR/DOC/311/2011), de manera que, cabe determinar en qué medida la lesión que padece el actor habrá de incidir negativamente en el desarrollo de actividades productivas o económicamente valorables.

En la búsqueda a esa respuesta no puedo soslayar que, según aclara el perito médico, la lesión sufrida tiene incidencia en el plano laboral, atento la limitación funcional y disminución de aprehensión de la mano, de allí que, en las especiales circunstancias del caso, el galeno siguió el método propuesto por Altube- Rinaldi subsumiendo la lesión dentro de la secuelas moderadas, que se observan "cuando la pérdida total de la función afectada dificulta de alguna manera la realización del trabajo en cuestión pero no implica una reducción del rendimiento y/o calidad del trabajo, aunque sí requiere un mayor esfuerzo o determina un riesgo para la persona…" (ver "Baremo general para el fuero civil", Ed. García Alonso, 2da. Edición, págs.311 y 312).

Por consiguiente, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad laboral específico que señala el perito, aplicándolo únicamente sobre la merma provocada por la fractura del cuarto metacarpiano (dado que la exclusión de la cicatriz ha quedado firme), y considerando el resto de las pautas señaladas en el decisorio, corresponde elevar el monto de condena por el **rubro daño físico a la suma de $250.000.-**

**3.-** El actor también cuestiona el monto acordado en concepto de daño moral.

Sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al

hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. Pág. 466).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: "Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)". OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUEN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas: el joven actor fue intervenido quirúrgicamente, y quedó con una limitación funcional que disminuye la prehensión de la mano. Además, presenta una cicatriz hipertrófica anestésica dorsal de 7cm, con edemas nocturnos. También cabe ponderar el periodo de rehabilitación kinesiológica que surge de las constancias médicas agregadas a la causa. Todo ello determina que, tomando como parámetro las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, el monto deba ser elevado a **la suma de $20.000.-**

En cuanto al pedido de que este rubro se calcule conforme valores actuales, se trata de una cuestión no propuesta ante el juez de grado (art. 277 CPCC) y, por ende, inabordable en esta instancia. Por otra parte, el recurrente no ha cuestionado el criterio fijado en la sentencia, en punto al momento desde el cual corren los intereses.

En definitiva, propongo: hacer lugar al remedio deducido por el actor y, en consecuencia, elevar el monto por daño físico y moral, conforme lo precedentemente expuesto. Costas de Alzada a la demandada vencida. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por lo expuesto, esta Sala I

**RESULEVE:**

**1.-** Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, modificar la sentencia de grado, elevando el monto correspondiente a los rubros daño físico y daño moral a la suma de $250.000.- y 20.000.- respectivamente, confirmándola en todos los demás aspectos que fueron objeto de recurso y agravios.

**2.-** Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

**3.-** Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**