NEUQUEN, 23 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MARTINEZ CRISITIAN DAMIAN C/ RIVEROS FREIRE PEDRO ALEJANDRO Y OTRO S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** (**JRSCI1 EXP. N° 4405/2013**) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, 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 que luce a fs. 428/435 y vta., hizo lugar a la demanda promovida por Cristian Damián Martínez, y condenó a Pedro Alejandro Riveros Freire, Sarita Senobia Stekli y a Federación Patronal Seguros S.A., esta última en la medida del seguro, a abonarle al actor la suma de 460.000 en concepto de capital, con más intereses y costas.

La sentencia es apelada por el actor a fs. 444, y por el Ministerio Público de Ausentes, en representación del Sr. Rivero Freire, a fs. 460.

II.- a) Agravios del demandado Rivero Freire (fs. 484/485)

Se agravia, toda vez que el juez de grado condena a su representado sin analizar la culpa de la víctima, basándose en erróneas apreciaciones del perito accidentológico.

Señala, que conforme surge de dicho informe pericial, la motocicleta del actor se encontraba en estado regular de uso y conservación,

y prácticamente carecía de frenos suficientes en su parte delantera y específicamente en su parte trasera. Con lo cual ha quedado acreditado que circulaba sin frenos suficientes; que la motocicleta no contaba con dominio y que el señor Martínez no poseía licencia de conducir.

Entiende, que esto implica culpa de la víctima, quién al poner en circulación una motocicleta sin frenos incurre en una negligencia tal, que ante cualquier imprevisto es muy probable que ocasione un impacto.

Menciona, que tal circunstancia no puede ser imputada al Sr. Riveros, quién no podía tener conocimiento que se iba a encontrar en una encrucijada con una moto sin frenos, que a su vez resulta ser el embistente.

Indica, que el perito accidentológico omitió calcular la velocidad del birodado, pese a contar con elementos suficientes para efectuar su cálculo (ubicación final de ambos rodados y el peso de la moto).

Añade, que en autos quedó acreditado que el conductor de la Nissan transitaba a muy escasa velocidad, puesto que su detención fue inmediata.

Critica, que el perito haya utilizado erróneamente el argumento de la invasión del carril para atribuir la culpa al demandado Riveros Freire. Ello, en función de que es de público y notorio conocimiento, que la calle Belgrano de Rincón de los Sauces, es de tierra y no tenía señalización alguna al momento del accidente.

Refiere, que al ser una calle de tierra no cuenta con indicaciones respecto de donde se ubicaba la mitad de la calzada, al menos para los ojos del conductor, así que centímetros más o menos pueden ser los que la determinen. A su entender, de este modo queda descartada la culpa del conductor de la Nissan, puesto que ante tanta vaguedad, bien pudo incurrir en un error de hecho, al discernir acerca de donde se ubica la mitad de la calzada.

A fs. 498/499 el actor contesta los agravios, solicitando se declare desierto el recurso por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 265 del CPCyC.

b) Agravios de la parte actora (fs. 486/491)

Considera arbitraria la forma de cuantificación del rubro "incapacidad total y permanente". La sentencia efectúa una errónea cuantificación del rubro incapacidad permanente del 30,85%, al vulnerar el principio de reparación integral.

Relata, que si bien la cuantificación del monto indemnizatorio queda librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que al momento de medir los rubros indemnizatorios el juez debe tener en cuenta las particularidades del caso, en función de las cuestiones de hecho y de derecho que se introducen en la demanda y en virtud de la prueba producida durante el proceso.

Interpreta, que el juez debe fijar una indemnización que no vulnere el principio de reparación integral y que por tratarse de una deuda

de valor, debió haber justipreciado la indemnización al momento del dictado de la sentencia.

Se agravia, porque en la sentencia se determina una indemnización insuficiente que vulnera el principio de reparación plena.

Remitiéndose a los dictámenes médico y psicológico producidos en autos, afirma que existen dos incapacidades: una física y otra psicológica, y que ésta última no debe ser incluida dentro del daño moral.

Argumenta, que corresponde determinar la incapacidad total del accionante, y para al porcentual de incapacidad física (30,85%) se le debe adicionar la incapacidad psicológica (24,45%), de acuerdo al método de la incapacidad restante.

Agrega que, en el fuero laboral aun cuando no se encuentra dentro de los baremos previstos por el decreto reglamentario 659/96, se aplica pacíficamente el criterio que incluye la afección psicológica que determina una incapacidad dentro de la incapacidad sobreviniente. Destaca que si en el fuero laboral el criterio está reconocido, con mayor razón debe ser aplicado en el fuero civil, ya que el mismo responde con mayor demasía al criterio de una reparación plena, al incrementarse el porcentaje de incapacidad física (30,85%) con la incapacidad psicológica (24,45%).

Realiza el cálculo y arriba a una incapacidad sobreviniente del 47,75%. A su entender, este es el porcentaje que se debe tener en cuenta en el caso concreto, para obtener una indemnización que repare los daños causados en forma plena y eficaz.

Practica la cuantificación de la incapacidad física, tomando como parámetro la fórmula "Méndez".

Subsidiariamente deja planteado, que en el hipotético caso de que no se modifique el porcentaje de incapacidad establecido en la sentencia de primera instancia, se aplique dicha fórmula de cálculo.

En segundo lugar, considera baja la cuantificación del daño moral, en función de las secuelas permanentes que han sido constatadas en el proceso y los padecimientos que el actor y su familia han sufrido.

Manifiesta, que el fallo reconoce que: 1.- un proyecto de vida quedó trunco; 2.- que no tiene posibilidades de volver a jugar al básquet en forma profesional; 3.- que no tiene posibilidad de ingresar a alguna empresa petrolera; 4.- que como secuela del accidente tiene una pierna más corta que la otra; y 5.- la existencia de depresiones neuróticas (incapacidad del 24,45%).

Dice, que en la demanda se reclamó la suma de $700.000, con más los intereses desde la fecha del accidente, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir y por daño psicológico en la suma de $200.000. Que no puede dudarse que ha sufrido un menoscabo en su tranquilidad de espíritu. Las consecuencias disvaliosas del accionar negligente del demandado han provocado todo tipo de trastornos, angustias y padecimientos.

En tercer lugar, considera que la sentencia es arbitraria al rechazar el rubro daño

psicológico, por cuanto vulnera el principio de reparación plena, ya que el dictamen del perito Psicólogo es categórico, no ha sido impugnado por las partes y no deja lugar a dudas respecto de la existencia de reacciones vivenciales anormales neuróticas.

A fs. 500/506 y vta., la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. peticiona en primer lugar, la deserción del recurso al considerar que no reúne los requisitos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

III.- Así planteada la cuestión a resolver, por una cuestión metodológica corresponde analizar en primer lugar, la apelación deducida por el demandado, a través de su representante legal (Defensor de Ausentes), en orden a la atribución de la responsabilidad en el accidente objeto de autos.

Liminarmente, y frente al planteo de la contraria al contestar los agravios del accionado, advierto que los mismos cumplen con los requisitos del art. 265 del Código Procesal, por lo que me abocaré a su tratamiento.

En línea a cómo han sido expuestos los agravios, debo decir que de la prueba pericial mecánica (fs. 369/397), surge de manera clara que, independientemente que el accidente se haya producido en una calle de tierra –Belgrano-, sin un límite divisorio claro entre ambas manos de circulación, quién invadió el carril por el que venía circulando la motocicleta -calle Belgrano sentido oeste-este), ha sido la pick up Nissan,

modelo Frontier NP 300, dominio: ...-..., conducida en esa oportunidad por el Sr. Pedro Alejandro Riveros Freire, que lo hacía en sentido contrario por esa misma arteria (calle Belgrano, de este - oeste), que al doblar hacia la izquierda para retomar por Misiones (sentido sur), embiste con su parte frontal derecha la parte frontal de la motocicleta conducida por el actor.

En tal sentido, la pericia mecánica es clara al describir: "m.- DINÁMICA DEL ACCIDENTE; Del análisis efectuado a los elementos ofrecidos e incorporados al expediente a esta altura del proceso; el siniestro analizado ocurre a las 20:05 horas aproximadamente del día 22 de noviembre de 2013, sobre la calzada de la calle Belgrano en su intersección con la calle Misiones de la ciudad de Rincón de los Sauces en la Provincia del Neuquén. En la ocasión el actor Cristian Damián MARTINEZ, al comando de la Motocicleta CERRO 110 cc, color negro, circulaba por la calle Belgrano de Oeste a Este ocupando el sector sur de la calzada, al llegar a la intersección con calle Misiones, inicia el cruce y cuando promediaba el mismo colisiona frontalmente con la Pick Up NISSAN Modelo FRONTIER NP 300, color gris, dominio ...-...., conducida por el demandado Sr. Pedro Alejandro RIVEROS FREIRE, que circulaba en sentido contrario pero al arribar a la intersección realiza una maniobra de giro hacia la izquierda para continuar por Misiones hacia el Sur y, en ese accionar se interpone en la circulación de la motocicleta, desencadenando la colisión. El lugar geográfico de colisión es fijado en el cuadrante

Sudoeste de la encrucijada, a una distancia de 2,60 mts.; de la prolongación imaginaria del cordón Sur de calle Belgrano y a 4,20 mts. de la prolongación imaginaria del Cordón Oeste de calle Misiones. Luego de la colisión, la camioneta del demandado queda inmovilizada en la zona donde se produce el impacto, en tanto que la motocicleta es fijada en la ochava sudoeste de la encrucijada".

De lo expuesto, se colige que ha sido la camioneta conducida por el demandado la que invadió el sentido de circulación de la motocicleta tripulada por el actor, al realizar una maniobra de giro hacia la izquierda para retomar la calle Misiones.

El hecho que la motocicleta conducida por el Sr. Martínez presente regular estado de uso y conservación; como así el hecho que el actor no tuviera carnet de conducir; y que la moto no contara con dominio, no constituyen fundamentos de peso para atribuir algún grado de responsabilidad a la parte actora, máxime cuando el apelante no indica que incidencia habrían tenido tales circunstancias en la producción del accidente.

En lo que respecta a las consideraciones volcadas por el apelante, sobre la velocidad de circulación de los vehículos involucrados en el accidente, debo decir que éste argumento defensivo recién es introducido por el demandado en oportunidad de expresar agravios pero no antes, pues ninguno de los accionados ha siquiera mencionado el exceso de velocidad de la motocicleta como factor desencadenante del accidente.

Sin perjuicio de ello, tampoco la pericia mecánica ha podido determinar la velocidad de circulación de los vehículos, por lo que más allá de las apreciaciones del recurrente, tal circunstancia no puede ser tenida en cuenta para atribuir algún grado de responsabilidad al accionante.

Relacionado con lo anterior, aun cuando la camioneta del accionado circulara a escasa velocidad, no tiene relevancia en el presente caso, pues no ha sido la velocidad de circulación lo que ha provocado el accidente, sino la mala maniobra realizada por su conductor, quién se ha interferido en la línea de circulación del rodado menor, impactándola frontalmente.

Continuando con el análisis de la mecánica del accidente, considero que aun cuando en el lugar del hecho no haya habido señalización vial, esto no exime al conductor de la Pick Up, a tomar todo los recaudos pertinentes para evitar la producción de un accidente.

Así, antes de realizar una maniobra de giro hacia la izquierda, debió adoptar todos los recaudos pertinentes, máxime cuando circulaba por una calle de doble sentido, y el hecho de efectuar dicha maniobra implicaba invadir el carril de circulación contrario.

Consecuentemente, y al compartir los fundamentos expresados en la sentencia de grado, propiciaré al acuerdo el rechazo del presente agravio.

Corresponde ahora que me avoque a tratar el recurso del actor.

En relación al cuestionamiento por la cuantificación de la incapacidad física y psicológica, debo decir que en el caso concreto no podemos considerar al daño psicológico como un daño autónomo, en el sentido que deba ser apreciado y cuantificado fuera de las dos grandes especies de daños -físico o moral-.

Matilde Zavala de González, explica que el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.

Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal de que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr.

Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II, 95).

En esta línea, ha señalado la Sala II de esta Cámara que, *"el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptuación autónoma.*

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)…." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Desde esta perspectiva, observo que el daño psicológico ha sido evaluado correctamente en la sentencia de grado, dentro del daño moral.

La pericia psicológica obrante a fs. 402/407, es contundente al describir las consecuencias que ha vivenciado el actor en su estado de ánimo y vida de relación, como consecuencia del trauma físico y emocional que ha experimentado producto del accidente.

Así, en el mencionado informe se indica: "El proyecto de vida del Sr. Martínez se truncó de forma determinante. No tiene posibilidades de volver a jugar al básquet de forma profesional, al igual que no tiene ninguna posibilidad de ingresar a alguna empresa petrolera. Refiere que

está de auxiliar de servicio en la escuela 314, pero como le quedó una pierna más corta que la otra, se le complica el trabajo cuando hay que hacer tareas que requieren esfuerzos físicos, le cuesta hacerlo en todo. Desde ese día del accidente, maduró muchísimo, según su decir, cambiaron muchas cosas en él, sobre todo dice que le encanta bailar y que no puede hacerlo más. Había momentos en que se caía cuando caminaba...”.

“Para su futuro, él quiere volver a estudiar, porque no le gusta su trabajo, pero es consiente que lo tiene que hacer. Su autoestima es muy baja, tiende a encerrarse en su casa y sus pensamientos son tóxicos y siente que le ha fallado a su familia y que perdió todos sus amigos. Le quedan solo cuatro amigos. A todo tiene que verle su lado negativo, todo le molesta, siente que está enojado con la vida, por ahí lo que le molesta es tener que explicarle a todos por que le paso lo que le paso...”.

Posteriormente, en base a la aplicación de la “tabla de evaluación de las incapacidades laborales, Ley 24.557”, estima que el Sr. Martínez, tendría una incapacidad total del 24,45% (20% más factores de ponderación: tipo de actividad: 20% y recalificación laboral: 10%).

Consecuentemente, y tal como lo adelantara párrafos más arriba, comparto el argumento del a quo en cuanto a que en el caso concreto, las consecuencias psicológicas que padece el actor, deben ser tenidas en cuenta al momento de estimar el daño moral.

En lo que refiere al cuestionamiento vinculado a la cuantificación del daño físico, debo decir que esta Cámara de Apelaciones, en su mayoría, ha considerado como pauta orientativa el promedio de las fórmulas "Vuoto/ Méndez".

De modo que, voy a propiciar la aplicación del promedio de ambas fórmulas, por tanto, el importe indemnizatorio resultará de la sumatoria que arroja el cálculo de cada una de ellas, que luego deberá ser dividida por dos, y la cifra que resulte será la indemnización que corresponde por daño físico o incapacidad sobreviniente.

En el caso concreto, la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad (30,85%), la edad al momento del accidente: 17 años y el ingreso (SMVM) fijado en primera instancia de $2.300.

De manera que por "Méndez" se obtiene la suma de $730.213,02 y por "Vuoto" la de $144.358,19.

Consecuentemente, de acuerdo a lo explicitado párrafos más arriba, la cifra asciende a una suma que ronda los **$437.285,60.** ($730.213,02 + $144.358,19 = $874571,21 dividido 2).

Por lo expuesto se hará lugar parcialmente a este agravio del actor, y se modificará la sentencia en lo que hace al daño físico reclamado, que asciende a la suma de **$437.285,60,** con los intereses que fueran determinados en la instancia de grado.

En cuanto a la queja por el importe fijado en concepto de daño moral, cabe decir que el

mismo no es de fácil determinación, toda vez que se encuentra sujeto a una prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos experimentados a raíz de las lesiones sufridas y a la incertidumbre sobre un futuro incierto; es decir, que los agravios se configuran en el ámbito espiritual de quien los padece y no siempre se exteriorizan.

Al analizar las particularidades del caso concreto, se debe tener presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o de un enriquecimiento injusto, pero debe satisfacer en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando las afecciones espirituales que este causa.

Por otra parte, se debe descartar la posibilidad de su tarifación en proporción al daño material; y sí debemos atenernos a las particularidades de la víctima, a 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".

En tal sentido ésta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho que: "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".

Por tales motivos, atendiendo a las características del hecho generador – accidente de tránsito-, las condiciones personales del afectado – sexo, edad, ocupación, nivel cultural, estado civil, etc., que surgen de las constancias de la causa; el informe pericial de fs. 402/410, en donde se diagnosticó de acuerdo al DSM IV, trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado depresivo crónico y demás circunstancias valoradas en la instancia de grado, estimo que el importe fijado por daño moral ($200.000), resulta reducido, por lo que propiciaré, en función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código de Rito, que el mismo sea elevado a la suma de **$300.000**, suma a la que deberán adicionarse los intereses fijados en primera instancia.

En cuanto al tercer agravio, a los fines de no ser reiterativo, me remito a lo expuesto al tratar el primero de los cuestionamientos analizados.

IV.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la modificación del fallo de primera instancia, elevando el monto total de condena a la suma de **$817.285** (daño físico: $437.285,60, daño moral: $300.000 y gastos tratamiento psicológico: $80.000), con más los intereses fijados en la

anterior instancia. Las costas de Alzada se impondrán a la demandada perdidosa, determinándose oportunamente los honorarios de Alzada conforme las pautas del 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 únicamente respecto al valor calculado para indemnizar la incapacidad física del actor, el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera que estimo aplicable –"Méndez"-, considerando ajustado elevarlo y así propiciaré fijarlo en la suma de $730.213,00.

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 si 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 N° 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 N° 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", particularmente aplicable en el caso, tratándose de un joven de 17 años, además de reducir la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el 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, resultando de su aplicación: C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual ($2.300) x n(75/ edad del accidentado - 17) x 13 x porcentaje de incapacidad

(30,85%); e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $730.213,00.

III.-En definitiva, atendiendo al análisis precedente que justifica las consecuencias perjudiciales de la víctima, originadas en el ilícito y fórmula de cálculo de su reparación, como anticipara, propiciaré que se establezca el monto indemnizatorio por el daño físico a favor del actor en la suma de $730.213,00, elevándose el monto de condena a la suma de $1.110.213,00.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

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

1.- Modificar la sentencia dictada a fs.428/435 y vta., elevando el monto de condena a la suma de **$817.285**, con más los intereses fijados en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68 C.P.C.C.).

3.- 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.).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA