



NEUQUEN, 15 de Noviembre del año 2016.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CARUZZO CLAUDIA PATRICIA CONTRA KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES"**, (Expte. **EXP N° 427310/2010**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 408/412 rechaza la demanda deducida por la actora con costas.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 428/433, cuyo traslado es respondido por la aseguradora a fs. 435/437.

Sostiene la apelante que la decisión de la jueza se basa en una incorrecta valoración de la prueba, y al respecto, formula dos precisiones: la primera, que la orden de tirarse del auto provino del chofer, tal como lo declarara el testigo presencial, y la segunda, que el conductor amagó con realizar el mismo movimiento según se prueba con la declaración de Fernández.

Así, expresa que ambos testigos dan cuenta de la intención del chofer de tirarse y que si el conductor hubiese mantenido una conducta prudente y calma en todo momento, lo acontecido se hubiese evitado, máxime cuando el camión no fue más que una contingencia del tránsito.

Remarca que el conductor del taxi debe realizar su actividad con profesionalismo, ya que se trata de un transporte público.



Alude luego a la aplicación al caso del artículos 1113 del Código Civil y 184 del Código de Comercio en cuanto consagran una responsabilidad objetiva, máxime si se tiene en cuenta la Ley de defensa al consumidor, existiendo entonces una garantía de indemnidad.

Dice que, si bien, la culpa de la víctima puede operar como eximente, su aplicación debe ser restrictiva y acreditada en forma contundente, y en caso de duda debe estarse a favor del principio general y que el demandado no pudo probarla.

El segundo agravio cuestiona que se le hayan impuesto las costas.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero que asiste razón al quejoso.

Tal como resulta de los términos de la sentencia, se advierte que no existe controversia acerca del marco jurídico en base al cual debe analizarse el tema.

Así, las partes son contestes en que la actora viajaba en un taxi, esto es en un transporte público de pasajeros, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio y el artículo 1113 del Código Civil, por lo cual, estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Sobre el tema ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo número 3 del 17 de febrero del 2012 en la causa **"M. MARÍA RAQUEL CONTRA BRAVO LUIS HUGO Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte. Nro. 117-año 2008):

3. Ahora bien, sobre la base de dicho esquema cabe ingresar en concreto al examen del artículo 184 del Código de Comercio. Éste dispone:



"En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable."

El régimen allí establecido -con o sin culpa del transportador o sus agentes y con las solas eximentes que en él se determinan- establece una responsabilidad ex-lege, de naturaleza claramente objetiva, impuesta por el legislador por razones de política en materia de transporte.

Se consagra, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, una responsabilidad fundada en el denominado riesgo empresarial, apoyada en el factor objetivo de atribución de responsabilidad, donde el damnificado sólo debe demostrar el daño y la calidad de pasajero, y que aquél ocurrió durante el transporte, para que, en principio, sea responsable la empresa porteadora.

Pues, si bien es cierto que la responsabilidad del transportista no es absoluta, no es menos cierto que ésta sólo reconoce eximentes basadas en la ruptura del nexo de causalidad cuya prueba incumbe de manera exclusiva a la transportadora. A tal fin, no es suficiente demostrar su propio obrar diligente, sino que debe acreditar el caso fortuito o la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder.

En efecto, una vez establecido que la víctima viajaba en el colectivo y que sufrió un daño, surge una doble presunción: de causalidad, en cuanto queda inferido prima facie que el daño sufrido tuvo conexión adecuada con el transporte, y de responsabilidad de la empresa en la



producción del perjuicio (cfr. DARAY, Hernán, Derecho de daños en accidentes de tránsito, T. I, editorial Astrea, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2008, pág. 564).

Por otra parte, la norma transcripta impone a la transportista asumir el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios que ha sufrido el pasajero durante el transporte. Este enunciado debe entenderse como reparación plena; es decir, la reparación de todos los daños jurídicos conforme la relación de causalidad adecuada con el incumplimiento obligacional.

En atención a su finalidad, quien legisló ha dado al mentado artículo 184 el carácter de orden público, y ha dispuesto su inderogabilidad por las partes, lo cual confirma que se trata de una obligación legal.

Una vez perfeccionado el contrato de transporte de pasajero por el consentimiento de las partes, la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones es de carácter contractual frente al pasajero dañado. Por ello, en estos casos, el transportista es responsable por el incumplimiento del deber contractual de seguridad con fundamento en la buena fe. (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, T. III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág. 733 y s.s.).

Lo cierto es que, tanto en caso de muerte como de lesión, se produce el incumplimiento de la obligación de trasladar al pasajero sano y salvo a destino, esto es, de la garantía de seguridad. Y debido al fundamento de esta responsabilidad no es necesario probar el riesgo o vicio de la cosa, sino la frustración del plan prestacional acordado.

Finalmente, también cabe reflexionar que si bien la redacción del citado artículo sólo menciona al transporte en ferrocarril, la doctrina y jurisprudencia son pacíficas y



unánimes en sostener que esta norma resulta aplicable a la responsabilidad del transportista frente al pasajero por los daños que éste sufra durante el transporte oneroso, cualquiera sea el medio de transporte utilizado (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad del transportista frente al pasajero, en el contrato oneroso de personas. La Ley 1996-D, 667; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 232).

4. Que, de esta manera, se impone un marco interpretativo de la norma, que debe tener en cuenta su finalidad.

Ahora bien, está fuera de toda duda que entre las obligaciones del transportista es principal la de llevar al pasajero sano y salvo a destino, o sea, en las mismas condiciones en las cuales el transportado ascendió al vehículo. Esta obligación de seguridad impuesta al transportista es clasificada como una obligación de resultado que hace a la esencia del contrato que vincula al porteador con el pasajero, en parte, por el riesgo que crea la actividad de la que las empresas obtienen beneficios lucrativos (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob.cit., pág.215; DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 14/15.)

Dicho deber legal del transportador puede caracterizarse como una prestación implícita en la celebración del contrato de transporte, que comprende de manera genérica todos aquellos cuidados, prevenciones y precauciones, y la disposición de todos los medios, materiales y humanos idóneos, que resulten necesarios a fin de alcanzar eficazmente el resultado objetivo. Tales recaudos le imponen obrar en todo tiempo con sumo cuidado y pleno conocimiento de las cosas que emplea en su actividad, deberes específicos cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad apreciable con



criterio más severo que en el común de los casos, por imperio del artículo 902 del Código Civil (cfr. DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 572).

Por tal motivo, el daño sufrido por el pasajero durante el transporte implica una violación por parte del transportista de su obligación tácita de seguridad, en tanto el resultado de trasladar al pasajero en forma segura no se ha cumplido, lo cual configura -se reitera- un incumplimiento contractual (AGOGLIA, María Marta, BORAGINA, Juan Carlos, y MEZA, Jorge Alfredo, "La obligación de seguridad en el contrato de transporte", LA LEY 1999-D, 58).

Este compromiso ha observado en materia de transporte, fundamentalmente, una evolución que se orienta a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge -PIEDECASAS, Miguel A., "La obligación de seguridad en el transporte" en Accidentes de Tránsito Doctrina - Jurisprudencia, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pág. 337/346).

Los citados autores reflexionan que en materia de accidentes derivados del tránsito y del transporte se observa una saludable evolución hacia el reconocimiento de los paradigmas consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que hacen al deber de seguridad y trato digno a los ciudadanos que utilizan servicios comerciales como es el transporte público de pasajeros.

5. *Por otro lado, resulta trascendental puntualizar en este examen que, en el orden procesal, la presunción de responsabilidad contenida en la norma bajo examen invierte la carga de la prueba.*

Por ello, para dirimir la responsabilidad del transportista es suficiente para el damnificado con demostrar la producción del daño sufrido durante el transporte. Mientras



que se exige a quien invoca la concurrencia de alguna de las causales de exoneración de tal responsabilidad, la acreditación eficaz y concluyente de la existencia de los supuestos que tal disposición legal prevé como eximentes. Pues de otro modo, quedará firme la liminar y objetiva responsabilidad impuesta por ella.

En cuanto a las eximentes y como corresponde a la responsabilidad objetiva, el transportista sólo se libera mediante la evidencia de que no existió nexo causal, esto es, que hubo fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero por el cual no es responsable.

El hecho de un tercero es el actuar de un sujeto extraño a las partes, que se constituye en condición adecuada del perjuicio produciendo la ruptura de la relación de causalidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia -de modo uniforme- afirman que para que el hecho del tercero ajeno sea eximente de responsabilidad del porteador, la conducta de tal sujeto debe adquirir los elementos característicos del caso fortuito, es decir, debe ser imprevisible e inevitable (cfr. Art. 514 del Código Civil), y debe ser causa exclusiva y excluyente del perjuicio, pues en los supuestos de concurrencia de éste con el proceder del demandado, el transportista debe resarcir integralmente a la víctima, al margen de que pueda o no corresponderle, posteriormente, una acción revérsica contra aquél.

En cuanto al primer carácter, cabe precisar que se alude a la razonable previsibilidad, evaluada conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar. De allí puede colegirse entonces, que la norma exige que el acontecimiento rebase lo ordinario. Y debe ser juzgada conforme al estándar



profesional y a la experiencia exigible a una empresa, con lo cual su juzgamiento es estricto (Art. 909 del Código Civil).

En el supuesto de accidentes no se exige una conducta más allá de las previsiones humanas, sino que se deben instrumentar todos los elementos necesarios para evitar sus consecuencias más gravosas. Ello debe ser principal objeto de prueba por parte del porteador.

Además, se ha exigido que, para constituir una causal exculpatoria, el hecho del tercero debe ser externo o extraño al riesgo que crea la actividad del transportista, no siendo excusa la diligencia probada ni la buena atención a los pasajeros ni, en general, la ausencia de culpabilidad por parte del obligado al traslado. Por lo tanto, el caso fortuito llamado interior o interno no puede ser computado a estos fines, ya que está dentro del riesgo propio o específico de la actividad (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob.cit., pág. 214 y s.s.).

De tal forma, para excluir su responsabilidad el transportista está obligado a demostrar que es ajeno al daño recibido por el pasajero. Vale decir, tiene que acreditar que aquél proviene exclusivamente de una causa extraña.

Sobre este punto se ha dicho que no constituyen un caso fortuito los accidentes con otro vehículo, el vuelco, el descarrilamiento, el estallido de un neumático, la rotura de ejes o elásticos o el desprendimiento de una rueda (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, ob.cit., pág. 733 y s.s.).

Las eximentes de responsabilidad en el ámbito del transporte han sido juzgadas con un criterio restrictivo, ya que no es lo mismo la culpa de la víctima o el hecho del tercero en un accidente vinculado al transporte público de pasajeros que en un accidente común del tránsito. En el primer caso, nos encontramos con que existe una empresa que lucra con



este servicio de transporte y, por lo tanto, su deber de previsibilidad, prevención y evitabilidad es mucho mayor que para el ciudadano común que se involucra en un accidente de tránsito (cfr. MOSSET ITURRASPE -PIEDECASAS, ob. cit.).

Sobre el tópico, la C.S.J.N. también tiene dicho que, si no se demuestra de modo fehaciente que la culpa ha sido exclusiva de la víctima o de un tercero, no puede liberarse totalmente a la empresa transportista por los daños causados. Ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pudiera corresponder a otro en función de la concurrencia de culpas de encontrarse ellas efectivamente probadas (FALLOS: 323:3251; 324:1344; 326:3089, entre otros).

Al respecto, tampoco resulta suficiente demostrar la falta de culpa en el subordinado que conducía la unidad, porque -cabe reiterar- esta responsabilidad es objetiva y fundada en el riesgo del transporte. Por lo que resulta extraña a ella toda idea de culpa, sea del transportista o de sus empleados.

En síntesis, la culpa de un tercero por el que la empresa no sea civilmente responsable -eximente invocada en la especie- constituye un supuesto particular de caso fortuito y, en consecuencia, para ser admitido como causa de exoneración de responsabilidad, quien lo alega debe probar inequívocamente su configuración, en miras de la trascendental obligación de seguridad asumida en este tipo contractual.

En suma, hay severidad y criterio amplio para la responsabilidad del transportista; en cambio, las eximentes deben ser analizadas con criterio restringido -ya que se intenta enervar los efectos de una presunción legal (FALLOS: 333:203)- y en beneficio de la víctima o pasajero (cfr. DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 546).



Por consiguiente, y conforme lo hemos señalado reiteradamente, bien que con relación al artículo 1113 del Código Civil, en supuestos como el presente al actor le basta con acreditar la existencia del contrato de transporte - cuestión no controvertida-, el daño, y que el mismo ocurrió durante la vigencia del contrato, y en tal supuesto, se presume la responsabilidad objetiva del transportista.

Cierto es, como lo prevé la norma, que éste puede exonerarse de la responsabilidad, pero en tal caso debe demostrar en forma concluyente y de interpretación restrictiva, la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder.

En tal sentido y analizadas las constancias de la causa, no advierto que la demandada haya acreditado la culpa de la víctima, sin perjuicio de señalar que en caso de duda debe estarse por la responsabilidad del transportista, conforme se ha señalado.

Al respecto, cabe decir que no es razonable suponer que quien viaja en un auto, sea particular o de transporte de pasajeros, tenga por conducta bajarse del mismo cuando está en movimiento y menos que puedan atribuírsele conductas o tendencias suicidas.

En el caso, y tal como lo señala el testigo Fernández quien iba caminando por la vereda de la calle donde ocurrió el hecho, pudo apreciar que el taxista ante la presencia del camión, abrió la puerta del taxi y que pareciera que se iba a tirar, si bien esto finalmente no ocurrió.

Dicha conducta torna verosímil la afirmación de la actora en el sentido que, como consecuencia de la maniobra del camión, el taxista les dijera que se tiraran del vehículo.

Pero aun cuando no existiera dicho consejo, considero que no es razonable pensar o sostener que existió



una decisión personal e infundada de tirarse del taxi, máxime si se tiene en cuenta que el automotor en el que circulaban podía ser embestido por el camión y que el chofer del taxi hizo un amague de tirarse del mismo, conforme lo relata el testigo antes citado.

En tales condiciones y toda vez que no es admisible sostener que una contingencia previsible del tránsito, el posible embestimiento del auto pueda ser catalogado como un eximente de la responsabilidad objetiva y que la conducta de la víctima, en el caso, haya sido inapropiada, es que entiendo no demostrada la eximente invocada por la demandada, por lo cual, subsiste la responsabilidad objetiva del transportador.

III.- Ante la conclusión sentada precedentemente y toda vez que deben repararse los daños ocasionados como consecuencia del deber de seguridad impuesto, es que deben analizarse los reclamos deducidos por la accionante.

Con respecto al reclamo por distintos gastos de farmacia, traslados, vestimenta y celular considero que la prueba producida y el hecho que sufriera acreditan la razonabilidad del reclamo, razón por la cual y de conformidad con lo previsto por el artículo 165 del Código de rito, estimo en \$1.000 el monto del rubro.

En cuanto a la incapacidad física, la pericial médica de fs. 265 que no fuera cuestionada por las partes, y los informes y constancias médicas adjuntadas justifican que se fije un porcentaje de incapacidad del 13% según resulta de la prueba en cuestión

A fin de determinar el importe de dicho rubro, esta Sala en forma reciente ha adoptado el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.



Así, hemos dicho a partir de la causa **PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL**" (EXPTE. 453788/11):

En ese aspecto parto de señalar que comparto que:

"... parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente **lo expresa** con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es **cuando resiste un proceso argumentativo abierto**. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. **No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo** alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en **facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas**. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables



se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.

De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepten la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de receptar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener en cuenta para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.



Así, sostienen los autores antes citados: "... aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean. Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar –tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables– es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"... Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida. Asimismo que



está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión. Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales. En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba..."

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC,



conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona. El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San



Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570). ("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad, no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de **\$50.000.**

En cuanto al daño moral, hemos señalado que para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia.

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que *"la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual"* (Ac. 769/01; Ac. 107/11).-

Asimismo, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, 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)“.

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto debe fijarse en la suma de **\$10.000**.

Con respecto al planteo referido al daño psicológico, y más allá de que la postura de la Sala no lo considera como daño independiente, ha sido tenido en cuenta para la determinación del daño moral.

Finalmente, y en relación a los gastos por tratamiento, destaco que la pericial médica los ha desestimado y en cuanto a la psicológica considero que debe fijarse la suma de **\$2.500**, en consideración a que la propuesta de la experta da cuenta de una incapacidad leve que se consolida con la personalidad de base.

En definitiva, el monto de la condena debe ascender a **\$63.500**.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se revoque la sentencia apelada, y en consecuencia, se haga lugar a la demanda condenándose a la accionada y su aseguradora, en la medida del seguro, a abonar la suma total de **\$63.500** con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de la fecha del hecho y hasta su efectivo pago. Costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora. La regulación de honorarios se diferirá para cuando se practique la pertinente liquidación.

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.- Revocar la sentencia de fs.408/412, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por Claudia Patricia CARUZZO condenándose a Sergio Ariel KOCH y su aseguradora LIDERAR COMPAÑÍA GENERAL DE SEGUROS, en la medida del seguro, a abonar la suma total de \$63.500 con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora (art. 68, Código Procesal).

III. Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada para cuando se practique la pertinente liquidación (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO-Juez

Dra. PATRICIA CLERICI- Jueza

MICAELA ROSALES-Secretaria