En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. Fiordelisi y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., M. G. c/ A., H. O. y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 22 Año 2012),** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 210/08), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados que intervinieron en autos? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 377.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por la Sra. M. G. G. contra H. O. A., B. B. S. A. y a M. R. DE S. DEL T. P. DE P. y condenó a estos últimos y a la citada en garantía en el límite de la cobertura, al pago a la primera de la suma de $ 248.643,23 (Pesos Doscientos cuarenta y ocho mil seiscientos cuarenta y tres con veintitrés centavos), con más los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. desde el accidente y hasta su efectivo pago. Impuso las costas a los codemandados vencidos y reguló los honorarios profesionales de los letrados y peritos que intervinieron en el expediente.

Para así resolver tuvo por cierta la existencia del accidente ocurrido el día 17 de marzo de 2008, aproximadamente a las 19,15 hs. sobre la calle E., casi en la intersección con B., de esta ciudad, entre la motocicleta Guerrero,

Dominio ***-XXX conducida por la actora y el Ómnibus Mercedes Benz, Dominio XXX-***, propiedad de B. B. S.A., conducido por H. O. A.

Encuadró la cuestión en el art. 1113, párrafo 2do. 2da. Parte del C.C., y en tanto fue alegado el hecho de la víctima, analizó las pruebas producidas destinadas a determinar como sucedieron los hechos y a acreditar efectivamente aquella causal de exoneración alegada. Luego de valorar el informe de perito accidentológico obrante en el Legajo de Investigación Fiscal, Caso 7.523, ofrecido como prueba y agregado por cuerda a estas actuaciones, la declaración de la Sra. H. O. R. (fs. 185) y de R. G. G.(fs. 188) concluyó que el micro que se trasladaba cerca de la línea media de la calle B., antes de llegar a la intersección con E., inició un giro a la izquierda, ingresando a la citada calle, de doble mano, invadiendo el carril en el que se encontraba detenida la moto de la actora e impactando al rodado y provocando la caída de la Sra. G. y de su hijo.

Señaló luego que la maniobra realizada por el chofer del ómnibus no se ajustó a esa conducta de máximo cuidado y precaución exigible, desde que al girar inadecuadamente, invadiendo el carril en el que se encontraba detenida la actora, a bordo de la motocicleta, impactó el rodado y provocó la caída de aquella.

En referencia a la causal de exoneración invocada por los codemandados, aludió a la incorporación como prueba del Informe emitido por la Municipalidad local (fs. 211/215), en el que se indica que el día del accidente se labró acta de infracción a la actora por conducir sin el carnet habilitante y que a fs. 231 se informó que al 30/10/09 la Sra. G. carecía de habilitación para conducir motovehículos. Dijo también que, no obstante ello, se acreditó que al momento del accidente, la Sra. G. se encontraba detenida sobre su carril aguardando el paso del micro, de lo que resulta que la falta de carnet habilitante no ha guardado relación causal con el siniestro por lo

que decide que no se ha configurado la causal de exoneración alegada por los codemandados.

Termina señalando que probado el evento dañoso y su relación causal con el perjuicio padecido por al actora, deberán los codemandados afrontar las consecuencias que generara el accidente de tránsito; que el demandado A., conductor del rodado, responderá por aplicación del art. 1109 del C.C. y B. B. S.A., lo hará como propietaria del rodado Mercedes Benz, Dominio XXX-***, por aplicación del art. 1113, 2do. Párrafo del C.C., como que la compañía M. R. DE S. DEL T. P. DE P., ha reconocido la existencia de la póliza y responderá en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros y límite establecido en la misma.

En cuanto a los daños reclamados, reconoce por incapacidad sobreviniente y aplicando la fórmula matemática desarrollada por Moore y Bernasconi para cuantificar el perjuicio, la suma de $ 232.143,23 (Pesos doscientos treinta y dos mil ciento cuarenta y tres con veintitrés centavos) a la fecha del accidente; por los daños a la motocicleta la suma de $ 1.500 (estimada conforme el art. 167 del CPCC) y por daño moral la suma de $ 15.000 (pesos quince mil), sumas a las que se adunarán los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. desde el accidente y hasta su efectivo pago.

Por su lado desestimó la suma de $ 8.000 reclamada en concepto de gastos médico-sanatoriales, por falta de prueba.

La sentencia fue apelada por la parte actora a fs. 344, la codemandada B. B. a fs.342 y la citada en garantía a fs. 347.

En el mismo orden, los agravios se agregaron a fs. 370/372; 368/369 y 373/374, sin réplicas de las contrarias.

Por su lado y por derecho propio, apelan sus honorarios por bajos el Ab. E. M. C. a fs.343; el Ab. D. G. L. lo hace a fs.345 y los Abs. V. F., G. L. y S. L. F. a fs. 348.

A fs. 346 la citada en garantía apela por altos los honorarios regulados a la representación letrada de la parte actora.

2. <u>Los agravios</u>

2.1. <u>Los agravios de la actora</u>

Centra su queja en tres cuestiones: a) que al tiempo de justipreciar la lesión física y modificar los valores de la fórmula polinómica, se toma como ingreso la sumatoria de salarios netos y no los salarios brutos afectando de tal forma el derecho a la reparación integral; b) el bajo daño moral reconocido y c) el rechazo del rubro gastos médicos - sanatoriales.

Para el primer agravio dice que no existe motivo aparente para tomar el valor neto y no el bruto de los salarios y que debe corregirse en tanto los ingresos de su representada deben calcularse sin los descuentos voluntarios u obligatorios, que en definitiva tienen una contraprestación efectiva y que como tal forman parte del patrimonio del trabajador.

En el segundo agravio refiere que el monto reconocido para el daño moral es bajo y que los motivos expuestos en la sentencia son suficiente a su criterio para duplicar lo indicado en la sentencia, dice que de cumplir con lo dispuesto in re “H.”, colocándose en el lugar de la víctima subrogándose en su situación y en un marco de equidad bajo ningún punto de vista podría pensarse que $ 15.000 paliarían el daño moral sufrido; que en la demanda fueron prudentes al tasar el daño y que las pruebas indican un daño moral mayor al estimado y se ve obligado a aumentar el valor justipreciado considerando que el monto indicado estaba sujeto a prueba, sugiriendo pautas para su evaluación y un nuevo monto para resarcir el daño en la suma de $ 36.000.

En cuanto al tercer agravio refiere que los gastos médico y sanatoriales han sido desestimados por falta de prueba y que ello va en contra de toda la jurisprudencia, señalando que aunque la obra social asumió los costos,

existen otros como coseguros, órdenes de consulta, estudios traslados, asistencia de familiares que deben afrontarse y que de ello han dado cuenta las tres internaciones, tratamiento farmacológico, por lo que no es necesario probar la existencia del rubro. Pide se revoque la sentencia en el punto y se fije prudencialmente tomando en cuenta su petición inicial de $ 8.000.

2.2. Los agravios de la codemandada B. B. S.A.

Agravia a la parte dos cuestiones: a) la errónea valoración de la prueba producida que debió ser analizada en el contexto y con la dinámica previa de los protagonistas del accidente y b) el error de cálculo incurrido al determinar la cifra "a" de la fórmula matemático financiera de la que se vale para estimar el resarcimiento.

Dice para el primer agravio que la actora se trasladaba en moto transportando un niño pequeño, sin carnet de conducir y que ello evidencia la presunción *juris tantum* de la inhabilidad para hacerlo, lo que permite afirmar que las condiciones de tránsito, sumadas a la falta de pericia conductiva para maniobrar y sortear obstáculos tuvieron entidad para contribuir a la producción del hecho dañoso y producir una eximición de responsabilidad de su mandante.

En el segundo agravio dice que a la suma que resulta para la anualidad debe detraerse el 29 % de la incapacidad y el resultante es lo que debe considerarse para el factor "a", que el error cometido consistió en que se procedió a restar el 29% de incapacidad calculado sobre la remuneración obteniendo un valor para "a" incorrecto. Efectuado el cálculo llega a la suma de $ 87.716.

2.3. Los agravios de la citada en garantía M. R. de S. del T. P. de P.

Dice que se agravia porque la sentencia otorga una suma indemnizatoria dos veces mayor a la que corresponde pues existe un error de cálculo al

asignarle a la variable "a" de la formula utilizada como parámetro de mensura para la indemnización por lesiones, la suma de $ 15.247,96 que corresponde al 71 % de capacidad laboral que conserva la actora cuando debió asignarle la suma de $ 6.228,04 correspondiente al 29% de incapacidad. Efectuado el cálculo llega a la suma de $ 94.818,72.

3. Tratamiento de los agravios

Por razones de método ingresaré al tratamiento del agravio de la codemandada B. B. S.A. respecto de la cuestión de la responsabilidad atribuida a su mandante, para luego abordar el agravio de la actora, la codemandada B. B. S.A. y la citada en garantía, en cuanto a los valores con que se reemplaza una de las variables de la fórmula matemático financiera y luego me ocuparé de los agravios sobre el daño moral y gastos médico-sanatoriales que impetra la parte actora.

3.1. La responsabilidad de la codemandada y el hecho de la víctima.

No se discute en esta instancia el régimen legal aplicable, o sea, la responsabilidad objetiva adversa a la codemandada que emerge de lo dispuesto en el art. 1113, 2° párrafo, 2° apartado del Código Civil.

A raíz de ello, le correspondía a la accionada la demostración de las eximentes comprendidas en la norma citada precedentemente, a saber, la culpa de la víctima (en rigor el hecho de la víctima), la de un tercero por el que no debía responder o el caso fortuito.

De la lectura de la expresión de agravios de la codemandada se desprende que esta invoca, a su favor, la errónea valoración de la prueba pues debió analizar el contexto previo de los protagonistas del accidente, debiendo inferir que su queja se sustenta en que la actora no poseía licencia de conducir.

Asume la recurrente, sin hesitación, que la actora venía circulando en moto y se detuvo en la intersección para dar paso al colectivo, siendo impactada por éste.

Tal circunstancia fue considerada en la sentencia para indicar con base en el precedente de esta Cámara "A., J. M. c/ S., E. M. y otro s/ Daños y Perjuicios, Expte. Nº 126, Año 2010" SDC Nº 6/11 "*que al momento del accidente, la Sra. G. se encontraba detenida sobre su carril aguardando el paso del micro, de lo que resulta que la falta de carnet habilitante no ha guardado relación causal con el siniestro. Ello determina que no se encuentre configurada la causal de exoneración -culpa de la víctima- que intentaran los codemandados.*"

No se advierte entonces, cuál es elemento de prueba obviado por la Magistrada de grado, que denote la falta de prudencia y pericia para conducir la motocicleta y sortear los obstáculos, que tuvieran entidad para contribuir a la producción del evento dañoso y que desplace la causalidad en la producción del daño.

La queja en los términos expuestos, no refleja crítica concreta y razonada al argumento medular del fallo, pues resulta a todas luces evidente que sus argumentos son inconsistentes y no guardan correlato con la realidad fáctica considerada por la Magistrada y que la misma parte ha consignado en su discurso.

Si la actora se había detenido para darle paso al ómnibus y el conductor en la maniobra del giro a la izquierda, la impactó, no se advierte con un viso de seriedad, cual es la incidencia causal que la ausencia de carnet de conductor de motovehículos, ha tenido en el accidente.

Ello no implica por cierto, avalar la infracción de circular sin licencia para conducir, que de hecho fue sancionada por la autoridad de control, pero de allí a sostener que por sí mismo, ello exime de responsabilidad a la parte no es admisible en el marco de este proceso. La insuficiencia técnica del

recurso así postulado, me autoriza a proponer la deserción de esta parcela del agravio. (Art. 269 CPCC)

3.2. <u>Los rubros indemnizatorios</u>

Llegan firme a esta instancia la utilización de la fórmula matemático financiera de Moore y Bernasconi como modo de cuantificar el perjuicio que una incapacidad acarrea al suprimir o reducir ingresos y los guarismos que utiliza para reemplazar los términos de la misma en cuanto a intereses (”i”) y lapso de vida útil considerado (“n”), no así el que refiere a los ingresos (“C”).

a) La queja de la actora refiere a que en el cálculo de los ingresos deben considerarse los ingresos brutos y no los netos (previo descuentos obligatorios y voluntarios).

Como se recordará la fórmula financiera posibilita determinar un Capital (C), que colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permita al trabajador damnificado retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímilmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que detenta durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta ese momento.

Desde esa perspectiva lo que se trata de resarcir es la incidencia reductiva que sobre los ingresos laborales de la víctima, traerá aparejada la disminución de su capacidad, por lo cual el ingreso que sirve de base para el cálculo no es otro que el ingreso neto, esto es la remuneración que previo los descuentos legales, se han justificado, por lo que soy del criterio que en el punto el agravio de la actora debe desestimarse.

b) El agravio común a la codemandada y citada en garantía se circunscribe en el error incurrido por la señora jueza al determinar la cifra “a” de la

fórmula matemática financiera de la que se vale para estimar la incapacidad parcial derivada del accidente.

Refieren que existe un error en el cálculo del término"a" desde que sobre la base del salario admitido debió retraerse el 29 % y sobre su resultado debió efectuarse el cálculo.

Asiste razón a los apelantes. El 29% es el porcentaje de incapacidad reconocido en la pericial médica que ha llegado firme a esta instancia y que sirve de base para el cálculo de la repercusión negativa económica que de modo parcial sufrió y sufrirá como consecuencia de aquella. Por lo que en la fórmula, firme el ingreso mensual, el término "a" debe ser reemplazado por $ 6.228,04 resultando el cálculo siguiente:

C= $ 6.228,04.(1 - 1 / (1 +0.06)42) . 1/0.06 cuyo resultado es: $ 52.214,92

Ese resulta el monto resultante de la incapacidad sobreviviente, ajustado como se dijo a los restantes parámetros que han llegado consentidos por las partes.

Al propiciar la corrección numérica de ese término, se afecta el monto del resarcimiento admitido por la Sra. Jueza, por lo que es propicio modificar la sentencia en este aspecto, para reconocer para el rubro incapacidad sobreviniente la suma de $ 52.214,92 con más los intereses fijados, que llegan firmes a esta instancia.

c) El daño moral: Se queja la actora por la determinación de un monto exiguo para resarcir el daño moral.

El daño moral es aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. Para su procedencia, la ley no requiere prueba de su existencia ya que se acredita ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante.

Para establecer la cuantía del daño moral, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego, establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.

No se trata entonces, como procura la parte, de determinar el monto en relación al eventual juicio de valor sobre el menoscabo que pudiera sufrir el magistrado que resuelve y menos aún pretender que el monto tenga relación con los parámetros económicos que señala o con una cuestión de autoestima del juez. Los cuestionamientos formulados con tal base para la impugnación, resultan estériles.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Magistrada de grado ha considerado para estipular el daño, las conclusiones de la perito psicóloga de fs. 278/280, las lesiones sufridas por la actora, la intervención quirúrgica a la que fuera sometida y posterior cuadro infeccioso, las secuelas (cicatrices), su andar o marcha disbástica, su incidencia en la vida de relación y la edad de la víctima.

Frente al planteo recursivo, despojado de aquellas disquisiciones personales y reexaminado el plexo probatorio, puedo concluir que la suma otorgada por la señora Magistrada es exigua, proponiendo al Acuerdo la modificación del fallo en ese aspecto, fijando la indemnización del daño moral en la suma de $ 20.000, con más los intereses determinados en la sentencia de grado.

d) <u>Gastos Médicos- Sanatoriales</u>

Cuestiona la parte, que en la sentencia se desestimó el rubro por el que reclamó la suma de $ 8.000 fundado en la falta de prueba.

En precedente de esta Cámara (V., A. S. c/ S., D. M. y/u otro s/ Daños y Perjuicios." (Expte. Nº 47 - Año 2010) SDC Nº 06/10 se ha resuelto que los gastos terapéuticos, asistencia y honorarios médicos, etc., requieren de prueba fehaciente, sobre el principio general del art. 381 del CPCC.

El rubro, comprensivo de gastos conexos (v. traslados) fue cuestionado por los codemandados y la parte no ofreció prueba tendiente a la validación de los comprobantes acompañados en su demanda. Por su lado desistió de la prueba informativa a Consultorios Madryn y Sanatorio Santa María (fs. 291).

La parte señaló en la demanda que los gastos se constatarían con la innumerable cantidad de comprobantes acompañados, aún cuando en el agravio no hace referencia a ellos, sino a la estimación judicial del rubro.

Esto es, no se trata aquí de gastos que no se haya demostrado su existencia y por tanto de difícil producción probatoria, sino de la falta de actividad probatoria tendiente a comprobar la erogación de aquellos gastos irrogados y que no puede suplirse con la suposición que, por existir tratamientos médicos, los gastos son de Perogrullo como afirma el recurrente.

Lo cierto es que a través de este reclamo lo que se procura es el reintegro de gastos ya efectuados los que deben haber sido acreditados, tanto en su extensión, como en su existencia misma.

Por lo cual, el agravio de la actora, en los términos que ha sido planteado, debe rechazarse.

e) Concluyo el tratamiento de los agravios, admitiendo parcialmente los planteados por la parte actora y los de la codemandada B. B. y receptando el de la citada en garantía M. R. DE S. DEL T. P. DE P. Consecuentemente y siguiendo los argumentos de mi voto, prospera la demanda por las siguientes sumas: a)incapacidad sobreviniente $ 52.214,92 (Pesos cincuenta y dos mil doscientos catorce con noventa y dos centavos); daño moral $

20.000 (pesos veinte mil) y daño material motovehículo $ 1.500 (Pesos un mil quinientos), lo que hace un total de $ 73.714,92 (Pesos Setenta y tres mil setecientos catorce con noventa y dos centavos), a las que deberán adunarse los intereses que se determinaron en la sentencia.

4. <u>Las costas</u>

a) <u>Las de primera instancia:</u>

El art. 282 del CPCC autoriza a readecuar las costas y honorarios de la primera instancia.

Sin perjuicio de ello, en el caso, la modificación de la sentencia en cuanto al monto del resarcimiento no altera el carácter de vencido de las codemandadas y citada en garantía (art.69 del CPCC), por lo que propicio no modificar las costas ni los honorarios a los peritos resueltos en la sentencia de grado. Los honorarios de los letrados que han intervenido han sido materia de apelación, por lo que a la cuestión respectiva me remito.

b) Las costas en la Alzada y en atención al resultado de los recursos se impondrán por su orden. Para ello tengo en cuenta que se han admitido parcialmente el recurso de apelación de la parte actora y el de la codemandada B. B. S.A. y que, el recurso en lo que prospera para esta parte y la citada en garantía se debió a un error en el cálculo matemático efectuado en la sentencia y no mediar réplica a los argumentos expuestos por las partes para obtener la modificación del fallo en ese punto.

En cuanto a los honorarios profesionales de los letrados, estimo corresponde determinarlo para el letrado D. G. L. en el 25 %; E. C. el 25 % y para los Abs. V. F.; G. L. y S. F. en el 8,35 % para cada uno. En todos los casos sobre los honorarios determinados en la instancia anterior y siempre que resulten superiores a los mínimos legales establecidos por la ley arancelaria (art.5, 7 y 13).

Voto a la cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que los antecedentes de autos han sido expresados por la Dra. de Villafañe, razón por la cual a ellos me remito. Ingresaré directamente en el análisis de los agravios, siguiendo el orden metodológico propuesto por la Sra. Camarista de primer voto.

2.

2.1.

Comenzaré analizando los agravios de la demandada B. B. S.A. en orden a su cuestionamiento al decisorio por el modo en que se ha expedido respecto de la responsabilidad en autos.

Señala que se ha decidido que la actora, momentos antes del siniestro, se encontraba detenida sobre su carril aguardando el paso del micro y esa circunstancia debió ser analizada en el contexto y con la dinámica previa de los protagonistas del accidente.

Según su entender, la actora obró en la oportunidad con ausencia de habilidad para conducir motociclos, por lo que las condiciones del tránsito y su impericia, tuvieron entidad para contribuir al acaecimiento del ilícito.

Tal como lo señala la Sra. Jueza de Villafañe, la circunstancia puesta de manifiesto por el quejoso fue analizada en el decisorio de autos, el que concluyó que la falta de carnet habilitante no incidió causalmente en la producción del siniestro.

De allí que, no se advierte cuál es el contexto y la dinámica previa de los protagonistas a que se refiere la queja, cuando en verdad el

pronunciamiento dio cuenta de ello, sin que la aportación de prueba alguna permita decidir en contrario.

Es decir, el apelante no ha traído precisiones a su cuestionamiento sobre la apreciación de la prueba, lo que ha resultado fatal para su suerte en el proceso, como que no ha logrado -no ya prosperar con su embate- si no ni siquiera llenar las exigencias que el art. 268, del CPCC le ponía delante como umbral de admisibilidad, previo y condicionante de la procedencia de su pretensión revisora.

La pieza de agravios no realiza un cuestionamiento crítico del decisorio que intenta cuestionar, ni apoya sus alegaciones en argumentos firmes, tomados de prueba producida en autos. No basta disentir con la interpretación dada por el juzgador sin fundar pormenorizadamente los errores u omisiones en que éste habría incurrido respecto de la valoración de los elementos traídos a juicio, en función de la significación de las normas que rigen en la materia (Morello - Passi Lanza- Sosa - Berizonce, Cód. Proc. Civil y Comercial comentado, T. III, p. 358). Y, en verdad, cuando se analizan las afirmaciones del recurrente, ellas carecen de detalle y convictividad, no logrando éste acreditar siquiera mínimamente los presuntos errores que imputa al acto sentencial impugnado (cfr. Cám. Apel. Trelew, sala A, "S., N. F. c/ S. M. S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley" Expte Nº 232- 2009 (C.A.N.E).

Este aspecto del recurso debe ser declarado desierto, tal como lo propone la Sra. Jueza de primer voto.

2.2.

En cuanto a los reclamos por rubros indemnizatorios, la parte actora se agravió por considerar que en la fórmula aplicada por el pronunciamiento debieron tenerse en cuenta los ingresos brutos de la actora, mas no los netos.

Señala el actor quejoso que los aportes que realizaba la actora, en su carácter de voluntarios u obligatorios tienen una contraprestación efectiva y forman parte del patrimonio del trabajador.

A más de lo expresado en el voto anterior, debo señalar (tal como lo he expresado en anteriores votos) que no soy partidario de ceñirme a fórmulas matemáticas para ponderar la incapacidad sobreviviente, y que el límite del agravio me impide articular mayores precisiones al respecto.

Pretender, a partir de una fórmula matemática, por muy de uso y práctica que sea, cuestionar si corresponde adicionar o eliminar los aportes voluntarios y/u obligatorios de la víctima para utilizarla como base de cálculo, significa tanto como eliminar todo margen para el arbitrio prudente del Juez y ceñirlo a cálculos rígidos.

Ciertamente, no es prudente decidir un resarcimiento carente de toda base objetiva. Pero en el caso de autos, el pronunciamiento ha dado cuenta de ello, sólo que utilizando el ingreso neto, en lugar del bruto.

Si se siguiera la línea de pensamiento del agraviado, reduciríamos el valor de la vida humana o sus minusvalías a las matemáticas y las soluciones indemnizatorias a rigorismos invariables. La solución no radica en ecuaciones perfectas, pues no las hay.

No hay procedimientos de cálculos infalibles o exactos, sino en grado de aproximación, de allí que sólo pueden constituir una primera base genérica o un umbral mínimo y esquemático, sin perjuicio de las correcciones que pueden y deben ser introducidas para su adaptación a cada realidad particular. La justicia es la del caso concreto; cada expediente es único e indivisible, porque se está juzgando personas y no papeles (cfr. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas. Integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p.427/428).

De modo tal que, pretender que se incluyan los aportes de los ingresos económicos como base de cálculo para una fórmula que debiera servir, en

todo caso, como una pauta orientadora y no como verdad revelada, significa despojar al juzgador de todo margen de equidad. Ésta, es la solución más congruente y la única que garantiza una valuación adecuada a la especificidad de situaciones en las cuales la experiencia individual se presenta irrepetible y el hecho concreto insusceptible de ser traducido a esquemas generales.

De allí que el agravio del actor carece de todo sustento jurídico y amerita su desestimación.

2.3.

La demandada y la citada en garantía se agravian por considerar que el decisorio ha errado en el cálculo del componente "a", ya que sobre la base del salario que la Sra. jueza tomó como parámetro, debió aplicar el 29%.

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, y toda vez que la fórmula aplicada no ha sido materia de queja sino la errónea consignación de unos de sus términos, la operación matemática a la que ha arribado el pronunciamiento arrojó un equivocado resultado, por haber aplicado la suma de $ 15.247,96, en lugar de $ 6.228,04. Así las cosas, y en función del nuevo cálculo que efectúa la Dra. de Villafañe sobre ese parámetro, coincido con su voto en cuanto a que la suma de resarcimiento por este rubro asciende a $ 52.214,92, a la que deberán adicionarse los intereses fijados en el decisorio anterior.

Debe admitirse la queja en cuestión.

2.4.

Se agravia el actor por considerar que el resarcimiento por daño moral fijado por el pronunciamiento precedente es exiguo.

La perito psicóloga de fs. 278/280 ha diagnosticado una neurosis leve o reacción vivencial anormal, que la experta adjudica a hechos adversos que

inciden sobre el comportamiento laboral y social. Para arribar a esa conclusión tuvo en cuenta que la actora padeció episodios de insomnio, con reacciones de sobresalto y visiones del colectivo que la embistió, que padece aun de dolores con los que va a tener que convivir, que siente ardor, quemazón y adormecida la zona afectada, que ello ha influido en su vida de relación familiar y que siente vergüenza por sus piernas, por lo que no usa polleras, y que tiene temor por lo que pueda pasarle a su hijo en la calle. Tengo en cuenta además que se trata de una mujer de joven edad (33 años al momento del accidente).

A su vez, la pericia médica de fs. 235/236 da cuenta que la actora padece cicatrices en su tobillo izquierdo y alteraciones en la marcha de tipo disbásicas; que de los antecedentes médicos surge que la actora debió ser sometida a intervención quirúrgica, razón por la cual debió permanecer internada en el Hospital local por espacio de una semana (lapso durante el cual debieron practicársele curaciones por compromiso infeccioso), sin perjuicio que después de su alta médica continuó su tratamiento con complicaciones, por proceso infeccioso.

Recién, a casi seis meses del accidente (09.06.08), se le extrajo el material de osteosíntesis, sin signos significativos de proceso infeccioso.

A la hora de cuantificar el daño moral, debe tenerse en cuenta preponderantemente el arbitrio judicial asentado en un criterio de prudencia y razonabilidad, (Cám. Civ. y Com. 1ª., La Plata, Sala II, 208650 RSD-90-91 S 21-5-1991 , in re: " Scutti, Mario Carmelo y ots. c/ Riga, José Luis s/ Daños y Perjuicios" JUBA).

Se ha dicho que a los fines de establecer su monto, dadas las dificultades que existen para mensurar en dinero un daño de naturaleza no patrimonial, la ley ha sujetado su resarcimiento a la discrecionalidad judicial, debiendo los jueces determinarlo con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de

enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio padecido (Cfr, CAPM, "P., N. M. c/ F., V. A y o.", 27.07.2011, SDC 18/11; Cám. 4a de Apel. Civ., Com., Min., Paz y Tribut. Mendoza, 20/12/2010, in re: "Díaz, Elena Ana c. Tornello, Francisco Antonio y O", AR/JUR/86096/2010).

También se ha señalado que la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria (Cfr. Cám. Apel. en lo Pen. Venado Tuerto, 07/02/2006, in re: "Araya, Néstor H" LLLitoral 2006 (abril), 01/01/2006, 384, AR/JUR/152/2006).

Prospera el daño moral en estos casos, en la medida de los padecimientos físicos y psíquicos de la víctima y de los que se da cuenta precedentemente.

La sola existencia de tal desmedro hace suponer un perjuicio espiritual que debe ser reparado por los responsables del daño (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Elementos de la Responsabilidad Civil", Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, y Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 178).

Por ello, considero que el monto por daño moral fijado en el decisorio anterior debe ser dejado sin efecto y fijarlo en la suma de pesos veinte mil ($ 20.000.-) con más lo intereses establecidos en el pronunciamiento de grado.

2.5

Con relación a los gastos médicos - sanatoriales, cuya desestimación ha sido objeto de queja debo señalar que el supuesto de autos no puede escapar de la exigencia del art. 381, del CPCC.

Ello así, pues la deficiencia de la prueba referente al monto de los perjuicios gravita en contra de aquél que tiene la carga de acreditarlo (cfr. Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Bareiro, Castorina del Rosario c. Trasportes Metropolitanos General Roca S.A.”, 14/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/10888/2007).

Al respecto, debe señalarse además que la actora fue asistida en Hospital público y con posterioridad, a través de su Obra social, lo que hace pensar que su atención debió ser afrontada, ora por el Estado, ora por su cobertura asistencial.

Máxime en el caso de autos, donde lo que se reclama son “gastos médico - sanatoriales”, por una importante suma dineraria, que el actor los vio traducidos -conforme lo expresado en la demanda- en gastos de co-seguros, co-pago de ordenes de consulta y de prestación y medicamentos, traslados y taxis, todo lo cual resulta perfectamente susceptible de comprobación documentada. Ni el agua mineral ni los alimentos en internación fueron solicitados en la demanda.

También debo tener en cuenta que el reclamo que se formula implica un reintegro para un gasto ya hecho, el que debe haber sido acreditado, tanto en su extensión, como -más primordialmente todavía- en su existencia misma. De tal modo, la correspondencia entre gasto y reintegro nunca puede ser conjetural o probable, sino que debe estar probada la realización del primero, para que se torne procedente el segundo (Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala "A", 27/8/09, "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ daños y perjuicios", c. 250/09 S.D.C. 40/09).

En ese sentido, no puedo soslayar que el actor acompaña con su demanda documental que no sometió a su respectiva corroboración probatoria. Por tales razones, considero que el agravio no puede prosperar.

3.

Coincido con la Dra. de Villafañe en que las costas de la Instancia anterior no deben ser readecuados, en orden a lo dispuesto en el art. 282, del CPCC,

ya que lo expuesto no altera la condición de vencidos de los demandados de autos.

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, también he de coincidir con la Sra. Magistrada de opinión previa, en cuanto a que deben ser impuestas por su orden (art. 72, del CPCC).

Asimismo, los honorarios de los letrados actuantes, por su actuación en esta Alzada deben ser regulados en el modo en que lo practica la Dra. de Villafañe, atento el mérito, extensión y resultado obtenidos (arts. 5,6, 7, 13 y cc. de la ley de aranceles).

Por las razones expuestas voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Los honorarios de los letrados han sido apelados en su totalidad.

Por derecho propio, apelan sus honorarios por bajos el Ab. E. M. C. a fs.343; el Ab. D. G. L. lo hace a fs. 345 y los Abs. V. F., G. L. y S. L. F. a fs. 348.

Por su lado a fs. 346 la citada en garantía apela por altos los honorarios regulados a la representación letrada de la parte actora.

Para fijar los honorarios la señora jueza ha tenido en cuenta el conjunto de pautas expresamente previstas en el régimen arancelario y que puede ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos, por lo que realizados los cálculos pertinentes debe concluirse que los porcentajes establecidos no reflejan la importancia y extensión de los trabajos cumplidos por los letrados, por los que cabe reajustarlos en el 17 %

por la actuación cumplida por el letrado D. G. L. apoderado de la Sra. G.; en el 15 % por la realizada por el letrado E. C. para el codemandado B. B. S.A. y en el 8,5% por la representación del Sr. H. O. A.; y en el 15% por la actuación conjunta de los letrados Abs. V. F., G. L. y S. L. F. en representación de M. R. DE S. DEL T. P. DE P. (art. 5, 6, 7, 8, 38 y cctes. de la ley arancelaria).

Voto a la cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

A tenor de lo expresado por la Sra. Jueza de primer voto, y teniendo en cuenta la extensión, mérito y calidad de las tareas desarrolladas por los letrados intervinientes en la Instancia anterior, soy partidario de elevar sus emolumentos, en el modo en que lo practica la Dra. de Villafañe (arts. 5,6,7, 13 y cc. de la ley arancelaria).

Por tal razón, voto por la **NEGATIVA.**

A LA TERCERA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartirse el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, para modificar el monto de condena reconocido para la incapacidad sobreviniente, fijándolo en la suma de $ 52.214,92 (Pesos cincuenta y dos mil doscientos catorce con noventa y dos centavos) y el determinado para el daño moral, fijándolo en la suma de $ 20.000 (Pesos veinte mil) con más los

intereses establecidos en la parte dispositiva y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios. Sin modificar costas ni honorarios de los peritos.

2) DEJAR SIN EFECTO la regulación de los honorarios dispuesta en la sentencia de grado.

3) FIJAR los emolumentos por la actividad cumplida en la primera instancia al Ab. D. G. L. en el 17 % por la representación de la Sra. G.; al letrado E. C. en el 15 % por la realizada para el codemandado B. B. S.A. y en el 8,5 % por el patrocinio letrado del Sr. H. O. A.; y por la actuación conjunta de los letrados Abs. V. F., G. L. y S. L. F. en representación de M. R. DE S. DEL T. P. DE P. en el 15% (art. 5, 6, 7, 8, 38 y cctes. de la ley arancelaria).

4) **IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia por su orden (art. 72 CPCC)

5) REGULAR los honorarios profesionales en la Alzada: para el letrado D. G. L. en el 25 %; E. C. el 25 % y para los Abs. V. F.; G. L. y S. F. en el 8,35 % para cada uno, en todos los casos sobre los honorarios determinados para la instancia anterior y siempre que resulten superiores a los mínimos legales establecidos por la ley arancelaria (art. 5 y 13).

6) De forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, para modificar el monto de condena reconocido para la incapacidad sobreviniente, fijándolo en la suma de $ 52.214,92 (Pesos cincuenta y dos mil doscientos catorce con noventa y dos centavos) y el determinado para el daño moral, fijándolo en la suma de $ 20.000 (Pesos veinte mil) con más los intereses establecidos en la parte dispositiva y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios. Sin modificar costas ni honorarios de los peritos.

2) DEJAR SIN EFECTO la regulación de los honorarios dispuesta en la sentencia de grado.

3) FIJAR los emolumentos por la actividad cumplida en la primera instancia al Ab. D. G. L. en el 17 % por la representación de la Sra. G.; al letrado E. C. en el 15 % por la realizada para el codemandado B. B. S.A. y en el 8,5% por el patrocinio letrado del Sr. H. O. A.; y por la actuación conjunta de los letrados Abs. V. F., G. L. y S. L. F. en representación de M. R. DE S. DEL T. P. DE P. en el 15% (art. 5, 6, 7, 8, 38 y cctes. de la ley arancelaria).

4) **IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia por su orden (art. 72 CPCC)

5) REGULAR los honorarios profesionales en la Alzada: para el letrado D. G. L. en el 25 %; E. C. el 25 % y para los Abs. V. F.; G. L. y S. F. en el 8,35 % para cada uno, en todos los casos sobre los honorarios determinados para la

instancia anterior y siempre que resulten superiores a los mínimos legales establecidos por la ley arancelaria (art. 5 y 13).

6. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDC. CONSTE.