En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P.J.Ml c/ S.F.S.P SA y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 440/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 186/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 715), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 675/685vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la Sentencia Definitiva nro. 34/2017 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción que dispuso: hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a A.V y S.F.S.P S.A. de Minería a resarcir a J.J.P la suma de PESOS OCHENTA MIL ($80.000) por incapacidad sobreviniente y daño moral, más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Nación liquidados en la etapa de ejecución de sentencia hasta cancelar total y definitivamente el capital, a calcular desde la fecha del hecho, 23 de septiembre del 2010, hasta el efectivo pago. Asimismo, desestimó el rubro lucro cesante y pérdida de chance y estableció que la sentencia tendrá para la citada en garantía, L.C S.A., idénticos efectos

que para su asegurado en el marco del contrato y la Ley de Seguros. Impuso las costas de este proceso a la parte demandada perdidosa (*cf*. art. 69 del CPCC). Finalmente, reguló los honorarios profesionales, que también fueron cuestionados por los dres. Fabio Frank Langer, Maira Frías por bajos y la aseguradora por altos (fs. 675/685vta. fs. 686, fs. 687, fs. 690).

A fs. 709/710 se agregó el memorial de agravios de la parte actora.

Primer agravio: se agravia la recurrente por el monto establecido por el juez *a quo* en el rubro incapacidad sobreviniente (daño material). Transcribe parcialmente los considerandos en el punto noveno.

Sostiene que el sentenciante estableció el monto de indemnización conforme el siguiente razonamiento que transcribe: "el actor pidió por este rubro la suma de $100.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, e indicó una incapacidad del 20%, pero la pericia determinó una incapacidad del 10%. Por esa razón otorgo la mitad de lo pedido, y tengo en cuenta especialmente el grado de incapacidad otorgado por el perito médico".

Entiende que no obstante haber peticionado el actor por dicho rubro la suma de $100.000 y condicionarse el mismo a lo que en más o en menos surja de las probanzas, debió considerarse para el cálculo la edad del actor que surge de la pericia psicológica (50 años), el recibo de haberes del mes de septiembre de 2010 y la incapacidad determinada por el perito médico.

Afirma que en virtud de la remuneración que percibía el actor al momento del accidente $7.763, la incapacidad del 10%, calculada la indemnización meritando la edad jubilatoria (65 años), el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente a su criterio asciende a la suma de $139.734.

Segundo agravio: la segunda queja versa sobre la cuantificación del daño moral en $30.000.

Transcribe parcialmente los fundamentos del fallo al respecto y sostiene que, no obstante haber

considerado el juez *a quo* la existencia de daño, el *quantum* fijado deviene en arbitrario, en tanto no omite considerar lo dicho por el profesional que practica la pericia psicológica que determina un tratamiento de 96 sesiones a un valor de $400 la consulta, lo que asciende al monto de $38.400.

Efectúa reserva del caso federal.

Análisis:

Es veraz como transcribió el recurrente que el juez *a quo* tuvo en consideración lo que el actor pidió por este rubro, es decir, la suma de $100.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, e indicó una incapacidad del 20%, pero la pericia determinó una incapacidad del 10%, en consecuencia otorgó la mitad de lo pedido, y atendiendo al grado de incapacidad otorgado por el perito médico.

Como crítica indica que no tuvo en cuenta la edad del actor a momento del accidente ni la remuneración que percibía en esa oportunidad.

Al interponer la demanda a fs. 74/75, el actor estimó la incapacidad sobreviniente en un 20% y le fijó un monto estimativo, sujetando el mismo a las pruebas a producirse, efectuó una reseña de las dificultades que representaba, no sujetó el importe peticionada al salario, sí a la vida de relación. Sucede con frecuencia en los procesos por daños y perjuicios que el apelante se limita a cuestionar el monto de condena, omitiendo expresar cuáles son los motivos por los que considera que las sumas acordadas por el juez de primera instancia son elevadas o insuficientes.

Es necesario que indique en qué razones se funda para arribar a esa conclusión, señalando los parámetros que el sentenciante debería haber utilizado para el cálculo del rubro, exponiendo en forma clara y concreta el respaldo jurídico de tal posición, pero no implica este detalle la introducción de planteos novedosos.

En el caso, el actor al momento de expresar agravios requiere se valore el salario que percibía al momento del evento dañoso, lo que considero no es una crítica,

sino la introducción de un planteo novedoso ajeno a lo dicho en su libelo de inicio que puntualmente estimó cuantitativa y cualitativamente el daño y el resarcimiento.

La exactitud y la claridad de la demanda están destinadas a impedir el progreso de una acci6n que no se encuentra configurada como corresponde, o de una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juez al resolver, y su finalidad es impedir la indefensión derivada del incumplimiento en el escrito inicial —acto introductorio del proceso— de las finalidades a que se refiere el art. 333 del Cód. Proc. Este artículo, en cuanto establece que la cosa demandada debe ser designada con toda exactitud (inc. 3°), obedece a que el demandado debe tener conocimiento de qué es lo que se le reclama, así como también a que el juez en la sentencia no debe incurrir en exceso ni en defecto, sino fallar únicamente sobre lo que fue objeto de controversia (PALACIO, “Der. Proc. Civ.”, I, pág. 396); "Denominase objeto de la pretensión (*petitum*) al efecto jurídico que mediante ella se persigue (ALSINA, “Tratado”, I, pág. 339). Generalmente se concibe a este elemento desde un doble punto de vista: inmediato y mediato (CALAMANDREI, “Inst.”, I, pág. 287, LIEBERMAN, “Manual”, I, pág.73; ambos con referencia a la acción). Es objeto inmediato de la pretensión la clase de pronunciamiento que se reclama, condena, declaración, ejecución, etc., y objeto mediato el bien de la vida sobre el cual debe recaer, concretamente, el pronunciamiento pedido (*v.gr.*, la suma de dinero o el inmueble a cuya restitución debe condenarse al demandado: el hecho que este debe realizar; la relación jurídica cuya existencia o inexistencia debe declararse).

La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda, como en el petitorio final, ya que la ley procesal no determina un orden estrictamente

formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende. Cuando se recurre al órgano jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del C6digo Procesal señalan (arts. 333 y sgtes.).

La doctrina ha entendido lo siguiente sobre la congruencia procesal en la sentencia: "Define Jaime Guasp la congruencia de la sentencia como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es pues -agrega- una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso (…)" (Guillermo Jorge Enderle, "La congruencia procesal", pág. 57 ed. Rubinzal Culzoni-2007).

La petición, o sea lo que se reclamó ante la justicia, resultó de lo expuesto en el escrito de demanda, no ha existido una prueba diversa a la que sujetó la pretensión que pueda haber llevado a la magistrada de grado a una decisión diversa a la adoptada.

Leída detenidamente la pericia el médico además de determinar la incapacidad dice que los adormecimientos o calambres estimó que eran propios de la edad, agravadas levemente por el accidente (fs. 630vta.). No fue objetada la pericia medica, y el razonamiento del juez *a quo* evaluó la prueba para decidir conforme fuera peticionado por el accionante, adecuando a las resultas de la misma, es decir en el ítem no se presenta incongruente ni errada la sentencia, por lo cual no encuentro fundamento alguno para revocar.

Rechazo en consecuencia la queja.

La segunda queja del actor es el monto condenado por el juez *a quo* para resarcir el daño moral. La sentenciante de grado otorgó lo peticionado, el mismo

actor detalló las características de su lesión e introdujo en la valoración el efecto y tratamiento psicológico.

De las pruebas de autos quedó corroborado el tratamiento psicológico y si bien esta Sala que integro ha mantenido el criterio que esos tratamientos constituyen un daño material, en la especie fue peticionado dentro del daño moral, por lo cual y desde esta óptica, el argumento no tiene recepción. no obstante ello, considero que debo receptar el agravio y revisar el monto condenado, por cuanto resulta exiguo teniendo en cuenta la restante prueba producida.

En el caso, el respectivo padecimiento (daño moral) debe tenerse configurado *in re ipsa*, por la sola producción del episodio dañoso, que –más allá de sus secuelas incapacitantes– importó un episodio traumático teñido de dramatismo, que acarreó inevitables padecimientos y angustias al demandante, cuyas molestias se proyectan, aun levemente, al presente.

Por lo demás, la valoración del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, sino que corresponde a los jueces de la causa establecer prudentemente el *quantum* indemnizatorio, tomando como base, la gravitación de la lesión sufrida, y el hecho generador de la responsabilidad, su función resarcitoria y el principio de reparación integral. Es por ello que en mi criterio, la queja merece parcial recepción.

A los fines de la cuantificación de este rubro (daño moral) es necesario tener presente que con la indemnización se persigue compensar el padecimiento espiritual sufrido por la víctima, teniendo en cuenta el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad. En el caso, no se ha puesto en tela de juicio que al damnificado como consecuencia de las lesiones físicas sufridas, dolores, molestias para recuperar la movilidad natural, etc., le hubiera ocasionado una afección espiritual que debe ser compensada. De modo que cabe dilucidar el valor

económico que deba ser reconocido para de alguna manera poder paliar los padecimientos en el caos particular. De acuerdo a lo que puede observarse, los referentes objetivos que sirven en cierta forma como elementos de juicio para valorar el daño moral, tales como padecimiento físico ocasionado por los traumatismos recibidos, las disvaliosas consecuencias en la vida social y laboral de la víctima a causa del reposo que debió cumplir, la dependencia generada hasta recuperar las condiciones físicas completas que le permitiera libre movilidad, el tratamiento kinesiológico, traslucen lo exiguo del monto condenado por daño moral.

En realidad, desde los elementos analizados y tomando como referentes los valores que esta Cámara ha considerado justos en casos semejantes al de autos, traslucen como indemnización equitativa por el daño moral sufrido, la suma de cincuenta mil pesos (50.000), los cuales quedan expresados en valores vigentes al momento del hecho, suma a la cual cabrá adicionar los intereses, lo que revela que la crítica debe ser acogida.

Cabe recordar que es criterio del alto tribunal que a los fines de la fijación de su *quantum* "debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (C.S.J.N., Fallos: 321:1117; 323:3614; 325:1156; 326:820, entre otros). Si bien el daño psíquico no queda subsumido en el daño moral, no puedo dejar de advertir que hay una alteración y afectación en lo anímico, y teniendo presente que la proporción de incapacidad parcial por este rubro es leve, bajo una perspectiva global de la integralidad de la persona (*v.gr.*, el 10% de la t.o., según informe pericial).

2. Con respecto a las apelaciones de los letrados y la tercera citada por la regulación de los honorarios profesionales, habiéndose modificado la sentencia de

grado, carece de virtualidad jurídica expedirse toda vez que modificada la sentencia de grado ellos deben readecuarse (art. 282 CPr).

3. Las costas de primera instancias se mantienen como fueron dispuestas.

También la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en dicha oportunidad (art. 282, 69, del CP y arts. 5, 6, 8, 9, 38, 46, 49 y 60 Ley XIII nro. 4).

4. Las costas de esta alzada se imponen a la demandada conforme principio general de la derrota, en consideración a que el éxito parcial obtenido por el apelante justifica considerarlo tal. Los honorarios del Dr. Chichinale se establecen en el 30% de lo dispuesto en primera instancia (art. 13 Ley XIII nro. 4).

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la parte actora y modificar parcialmente la sentencia venida en crisis, imponiendo en concepto de resarcimiento por daño moral la suma de $50.000, según considerando respectivo.

2) Costas de ambas instancias a la parte demandada vencida.

3) Confirmar la regulación en porcentual de los honorarios de los profesionales actuantes en primera instancia. Regular los honorarios del Dr. Chichinale en el 30% de lo dispuesto para la primera instancia.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso, el fallo y el contenido del memorial del actor han sido reseñados por quien abre el acuerdo, razón por la que no efectuaré reiteraciones estériles, salvo la enunciación de los agravios a fin de seguir una línea expositiva.

1. Análisis de los agravios:

A través del primer agravio, la actora pone en crisis la cuantificación efectuada por la incapacidad sobreviniente en $50.000. Sostiene que pese haber estimado el rubro en $100.000, condicionó el monto a lo que en más o en menos surja de las probanzas. Efectúa cálculos teniendo en cuenta el salario percibido, el

porcentual de incapacidad y la edad al momento del accidente, concluyendo que el monto indemnizatorio ascendería a la suma de $139.734.

Adelanto que el agravio será admitido. Y ello por distintas razones.

En primer término, porque en las acciones de daños y perjuicios, la cuantificación del resarcimiento efectuado en la demanda, reviste aristas particulares que sin dejar de ser una pretensión de condena, coloca en manos del tribunal la determinación final del monto reclamado. La petición efectuada en la demanda, quedó emplazada en el carácter de una mera estimación provisoria, destinada a abastecer la carga impuesta por el art. 333 del CPr. (DJ), de designar la cosa pedida con toda exactitud y a posibilitar a la contraria un razonable conocimiento de lo que se le reclama.

Así lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto frente la reserva de “lo que en más o menos resulte de la prueba” el juez, sobre la base de la ponderación de los elementos probatorios arrimados al proceso, puede acordar una indemnización mayor a la inicialmente estimada por los accionantes, sin que ello importe exceder los términos de la litis ni decidir “ultra petita” (Fallos 266:233 doctrina que se originó en la causa “P.H,B c/ H.M G.”, del 30/11/66, Fallos 272-37; y más recientemente CS 17/11/94 LL 1995-D, 971).

En el caso, al utilizar la fórmula “lo que en más o menos resulte de la prueba” (fs.66), el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado de condena a y expresamente consignó que el monto estaba estimado provisoriamente (fs. 74vta.).

Ello es así, porque una vez acreditada la existencia del daño, el juez tiene la facultad de establecer su cuantía, incluso aún por encima del monto estimado en la demanda sin que signifique fallar “ultrapetita”, porque el uso de tal fórmula le otorga la apertura necesaria ("Proceso de daños. Competencia. La demanda", por Silvia Yolanda Tanzi en

www.nuevositio.cpacf.org/
files/inst_doctrina/derechocivil/silvia-tanzi.pdf).

Pero además de ello, también autoriza la revisión propuesta y la procedencia del agravio, considerar que en la construcción de la sentencia de daños existen dos segmentos diferenciados: el primero, relativo a la determinación de quiénes son los responsables del deber de resarcir y que se relaciona con los presupuestos de la responsabilidad –daño, antijuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución-El segundo segmento, es el referido a las consecuencias derivadas del accidente y abarca la valoración y cuantificación del daño. Así lo he sostenido en anteriores pronunciamientos S.D. 28 /2017 "L", 51/2017 "CyC" entre otras.

En el caso y de acuerdo a la regla establecida por el art. 7 CCyC, la atribución de responsabilidad debe analizarse en base a la normativa del código anterior, por ser ley vigente al momento de acaecimiento del hecho, tal como lo señaló el juez *a quo* y no mereció objeción por parte del recurrente.

No obstante, como señala Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio" LL 2015-F, 567 AR/DOC/3711/2015 "…la determinación del *quantum* del daño se efectúa en el momento de la sentencia por lo que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código para la cuantificación del daño se deben acudir a las pautas del mismo. Así para el daño moral corresponde aplicar el art. 1741 "última parte" y para la medida del daño por muerte o incapacidad rigen los arts. 1745 y 1746 CCyC".

En este orden de ideas, tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que las reglas establecidas por el artículo 1746 del Código Civil y Comercial resultan inmediatamente aplicables, toda vez que no se refieren a la constitución de la relación jurídica, sino solo a sus consecuencias (art. 7 del ordenamiento citado). No varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación (*cf*. Sáenz, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación

al tiempo y el derecho de daños", RCCyC 2015, diciembre 148 con cita del fallo de la Cam. Nac. Civ., Sala A, 01/09/2015, "A. M., C. c. América TV y otros s/ daños y perjuicios", expte. 51.782/07, voto del Dr. Sebastián Picasso).

Tal es el encuadre normativo del caso. Las previsiones del art. 1746 CCyC expresamente establecen que la cuantificación de la indemnización por incapacidad sobreviniente debe fijarse mediante la determinación de un capital que, invertido en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente —mediante la utilización de una porción de ese capital y los intereses que obtenga por aquella inversión— una cantidad equivalente a los ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

Se incorporó así la utilización de una fórmula matemática como método de cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente permanente, receptando la opinión doctrinaria de quienes preferían el empleo de fórmulas a los fines de cumplir las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias.

Nótese que en el caso, el juez de grado si bien mencionó como datos a tener en cuenta la edad del actor, el grado de incapacidad y la vida de relación y remarcó que no solo se indemniza la incapacidad laborativa, pero acotó la indemnización al 50% de lo peticionado teniendo en cuenta que el porcentaje de incapacidad determinado por la pericia fue del 50% de lo estimado por el recurrente, sin reparar en la fórmula abierta propuesta que dejó librado al resultado de la prueba y en la exigencia de reparación integral vigente también en la anterior legislación en la que fundó su decisión. No mencionó como relevante los ingresos del actor.

Los requerimientos indicados (edad, ingresos, grado de incapacidad), que eran exigibles durante la vigencia del código anterior ahora en virtud de los artículos 1, 7, 1746 y concordantes del CCyC, resultan inexcusables

(*cf*. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte”, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2016, p.
234 y ss.).

En la causa se acreditaron las variables exigidas en las distintas fórmulas matemáticas que pueden resultar de aplicación, esto es, edad (50), ingreso mensual ($7.763) y grado de incapacidad (10%).

Los cálculos efectuados conforme las fórmulas conocidas como “Marshall”, “Vuoto” y “Méndez”, permiten concluir que la indemnización fijada por el juez *a quo* resulta exigua y debe ser revocada.

Por ello, corresponde hacer lugar al agravio y fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente en la suma peticionada de $139.734, pues resulta aproximada al resultado que arrojan las fórmulas “Marshall” y ha sido justipreciada por el propio recurrente como adecuada a la reparación del daño que padece.

b) El segundo agravio de la demandada está constituido por la cuantificación del daño moral.

El actor solicitó indemnización por daño moral justipreciando la suma de $30.000 “o lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse”, dejando expresamente señalado que en el mismo se subsume el daño psicológico.

Los demandados se opusieron al progreso de la partida. Señalaron que no existe daño psicológico alguno y que no debe confundirse una mera molestia con daño moral.

El sentenciante concedió por la partida la suma de $30.000 comprensivo el daño moral del daño psíquico conforme la jurisprudencia que cita y la que adhiere esta Cámara de manera constante. Consideró que la incapacidad parcial que provocó el accidente indica por sí sola la procedencia del reclamo pero además, la pericia psicológica dio cuenta del impacto emocional que tuvo el episodio en consideración con la edad del actor y las proyecciones que tendrá en el futuro.

El recurrente cuestiona el monto concedido por daño moral. El fundamento del agravio radica en que si bien el juez tuvo en cuenta la pericia psicológica, soslayó que de la misma se desprende un tratamiento de 69 sesiones a un valor de $400 la consulta con lo que el tratamiento asciende a la suma de $38.400.

Dentro de los límites impuestos por el agravio, la crítica no puede prosperar.

Advierto que el sentenciante tuvo en cuenta la pericia psicológica para acreditar la existencia del daño moral padecido, mas no para cuantificar la partida.

De la fundamentación dada por el juez, y no cuestionada por el recurrente, no quedan dudas que la partida contiene la reparación por el daño psicológico que puede haber sufrido el actor, pues no solo así fue pedido, sino tal es criterio seguido por esta Cámara invariablemente y al cual se ha adherido también el actor.

Luego, si bien el actor ofreció la prueba pericial psicológica, y como un punto de pericia requirió al especialista que indique tiempo de recuperación y costo del tratamiento sin que mereciera objeción por parte de la contraria, lo cierto es que su pretensión no se dirigió a obtener la reparación por tratamiento o gastos terapéuticos que integran el daño material o patrimonial resarcible.

El agravio resulta en tal sentido, carente de sustento en la pretensión y ello de por sí determina su improcedencia, so riesgo de violar el principio de congruencia.

Sin perjuicio de tales motivos, suficientes para rechazar el agravio, merece advertir también que el perito psicólogo actuante, a fs. 538 estimó recomendable un tratamiento de aproximadamente un año en consulta, es decir 12 meses. A renglón seguido contabilizó 24 meses de sesiones. También dejó constancia de la variación del valor de la consulta según el Colegio Profesional de Psicólogos de la Provincia (entre $200 y

$250). Todos estos extremos también resultan demostrativos de la inconsistencia del agravio.

En conclusión propongo desestimar esta parcela del recurso.

2. Costas y honorarios:

La decisión que propongo modificatoria de la de primera instancia, obliga al reajuste de costas y honorarios (art. 282 del CPr), razón por la cual es innecesario expedirse respecto de los recursos interpuestos por los letrados del codemandado Vásquez y la citada en garantía en relación con los honorarios fijados.

Las costas de la primera instancia, sin que existan motivos para apartarse del principio general de la derrota, las impongo a los demandados vencidos.

Los honorarios por las labores desempeñadas en primera instancia deben ser regulados de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 5 a 10, 38, 46 ccdtes. de la ley arancelaria. En consecuencia regulo los honorarios profesionales a los Dres. Pedro Chichinale y Sebastian Moreno conjuntamente en el 18%. Al Dr. Jorge Javier Echelini en el 9%, a los Dres. Alejandro Frank Langer y Maira Raquel Frías conjuntamente en el 10%, al Dr. Miguel Díaz Vélez como letrado apoderado de citada en garantía el 9% y al perito accidentológico Sr. Roldofo Carranza Vilches, al perito médico Dr. Isser Juan Wegorz y al perito psicólogo Lic. José María Ferreira Mickiewicz, a cada uno de ellos en el 2%. En todos los casos, los porcentuales señalados se deberán calcular sobre el monto de condena.

Las costas de esta instancia, en un todo de acuerdo con el resultado obtenido propongo sean impuestas por su orden.

Los honorarios de esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo. 5 y de acuerdo a la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del régimen aplicable del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, corresponde sean determinados los del Dr. Pedro Chichinale en el 27%

calculado sobre los de la anterior instancia, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Para el supuesto de acuerdo considero corresponde dictar el siguiente pronunciamiento:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

3) Modificar el monto de condena por incapacidad sobreviniente, el que se fija en la suma de $139.734 conforme lo señalado en el considerando respectivo.

4) Costas de la primera instancia a los demandados vencidos.

5) Costas de esta instancia por su orden.

6) Regular los honorarios del modo propuesto.

7) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 710vta.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 689, agravios fs. 709/710).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el actor Sr. J.M.P promovió demanda sumaria por los daños y perjuicios que le ocasionara el accidente sufrido el día 23 de septiembre de 2010 en oportunidad en que se encontraba circulando a bordo del automotor de propiedad de su empleador, dentro de la playa del yacimiento del depósito de materiales de la empresa P. A.E situado en Cerro Dragón, cuando aproximadamente a las 14.15 h se desplomó pesadamente sobre la cabina del vehículo que manejaba una columna de alumbrado, contra la firma S.F.S.P SA y contra el Sr. A.V, por la suma de pesos ciento setenta mil ($170.000) o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses y costas del proceso. Solicitó se cite en garantía a L.C.A Y S. Discriminó y cuantificó los rubros

objeto de reclamo. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Se presentó a contestar demanda la accionada. Cumplió con el imperativo procesal negando hechos. Ofreció prueba. Se opuso a prueba. Pidió se rechace la acción impetrada en su contra, con costas. A su turno se presentó la citada en garantía. Cumplió con la carga procesal de negar los hechos. Ofreció su prueba. Reservó el caso federal. Solicitó el rechazo de la acción, con costas. Se produjo la prueba. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda, declarando la responsabilidad de A.V y S.F.S.P S.A de Minería, condenándolos a resarcir al Sr. J.M.P la suma de pesos ochenta mil ($80.000), en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral, más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Nación a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia hasta cancelar total y definitivamente el capital, a calcular desde la fecha del hecho, 23 de septiembre del 2010, hasta el efectivo pago. Desestimó el rubro el rubro lucro cesante y pérdida de chance, conforme el considerando respectivo. Estableció que lo decidido tenga para la citada en garantía, L.C S.A, idénticos efectos que para su asegurado en el marco del contrato y la Ley de Seguros. Impuso las costas del proceso a la parte demandada perdidosa (*cf*. art. 69 del CPCC). Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Sin perjuicio de los diversos recursos interpuestos en oportunidad por las partes y sus letrados, han prosperado el del actor, como los de los letrados que cuestionaran la regulación de honorarios profesionales (fs. 703).

II. Análisis de los agravios:

Mis distinguidas colegas de Sala han emitido ya su voto, existiendo discordancia respecto del resultado del recurso interpuesto por la parte actora. En tal sentido, la primera votante Dra. García Blanco Zanatta propuso el rechazo del agravio vinculado al monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente, y la modificación

de aquel fijado en la sentencia de grado por el rubro daño moral, elevándolo al de $50.000. Por la su parte, la segunda votante Dra. Zanatta, aumentó la cuantía de la partida incapacidad sobreviniente a la suma de $139.734, a la vez que rechazó el planteo relativo al daño moral.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, "bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, habré de hacer uso de la licencia que la ley formal me confiere y, por tanto, me expediré sobre los puntos materia de desacuerdo que he mencionado en el párrafo anterior.

Ante todo, adelanto que habiendo sido detallada la plataforma fáctica en la sentencia de primera instancia, como así también en el marco de los enjundiosos fallos que elaboraran mis colegas de Sala, me eximiré de reiterarlos nuevamente, por razones de estricta economía procesal.

Contra el decisorio se alzaron, como dije, la parte actora, la parte demandada, y la citada en garantía. La queja de la primera se centró en el monto de condena por el daño moral, el que consideró bajo. Por su lado, la demandada cuestionó la totalidad de los montos indemnizatorios, como así también el momento desde que se dispuso fueran calculados los intereses sobre los mismos. La citada en garantía criticó que en el decisorio se omitiera el pronunciamiento sobre el tope de cobertura estipulado en la póliza de seguro correspondiente.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso en

el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara la acción cuya sentencia es aquí apelada, razón por la que corresponde sea juzgada a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Así, la queja del apelante apunta a la modificación de los montos indemnizatorios dispuestos en la sentencia de grado por los rubros que fueran admitidos, incapacidad sobreviniente y daño moral, los cuales considera insuficiente. En acotada síntesis, sostiene que debieron tomarse en cuenta demás parámetros para el cálculo como la edad al momento del evento dañoso, el ingreso por su trabajo, el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia. Afirma que el monto solicitado al promover la acción quedó condicionado a lo que en más o en menos surgiera de la prueba a producirse. En relación con el daño moral, criticó la suma fijada, justificando ello en la cantidad de sesiones a las que debe someterse y su costo, las cuales fueran recomendadas en la pericia psicológica.

Bien, en la solución he de destacar que "La afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso"
(CCiv. y Com. Morón, Sala 2da, 23/10/84, JA, 1985I646).

Es por ello que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, debe constituir preocupación permanente del que hacer jurídico.

Ahora, desde un punto de vista estrictamente ontológico, vale la pena transcribir la lúcida observación de la recordada Dra. Matilde Zavala de González cuando sostuvo en su magnífica obra "Resarcimiento de Daños", que no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho 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, del bien o del interés de la víctima (Zavala de González, Matilde, obra citada, pág.
73). Y esto último es lo indemnizable.

En efecto, coincido con destacada doctrina que afirma que lo que se indemniza son las secuelas de las lesiones y no las lesiones en sí mismas, resultando de aplicación el principio sustentado por la jurisprudencia respecto a que en el caso de lesiones el monto indemnizatorio se determina sobre la base de las secuelas y no a las lesiones en sí (H.E "Accidentes de tránsito. Daño Resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas, desde la óptica de los jueces", en Accidentes de Tránsito-II, T. 2, pág. 62 y sig., edit. Rubinzal Culzoni).

La incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Se aprecia en miras de lo funcional, pero el origen puede ser anatómico, fisiológico o una combinación de ambos (*cf.* Zavala de González, Matilde, obra citada, pág. 289). En efecto, procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades, no solamente en lo laboral o productivo, sino también en lo social, cultural, deportivo y aún en lo individual.

La amplitud de la concepción argentina de la incapacidad sobreviniente prevista en el art. 1086 del Código Civil velezano incluye e incorpora los dos aspectos, estáticos y dinámicos. Subsume la fase "estática" del daño a la persona (el mentado daño biológico de la legislación italiana), en cuanto alude al resarcimiento por la aptitud física o psíquica tronchada pero que carece de repercusión patrimonial concreta y específica, y también la fase "dinámica", o sea, la actividad productiva o generadora de ingresos, personales o familiares.

Mas, a no dudar que, en todos los casos, y al igual que en cualquier hipótesis lesiva de la integridad personal, debe tenerse en cuenta que la incapacidad no es el daño, sino la causa jurídica de los daños a reconocer. Sentado el precepto, corresponde en este punto advertir que, en idéntica manera en que repercute cualquier otro menoscabo a la intangibilidad psicofísica de la persona –de la que hemos venido hablando en nuestro hilo argumental– la incapacidad sobreviniente no es resarcible *per se*, como rubro autónomo del daño moral y del patrimonial indirecto que puede implicar. Lo he sostenido siempre y lo vuelvo a reiterar. Aprendí hace muchos años de mi querido maestro y amigo Alberto Bueres que el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba dos categorías: el daño patrimonial y el daño moral. Al

primero se refieren -o más bien se referían- los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo atañen los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general -en sus bienes esenciales- no son daños sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser fuentes de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: sólo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (*cf*. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2a – "Daños a las personas", Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33).

Por de pronto, la materia de daños no se presenta sino con determinada complejidad, la que requiere un estudio más detenido de sus componentes so pena de incurrir en interpretaciones incorrectas. En materia de la teoría general del acto ilícito, la acción y la antijuridicidad de la misma, si es que se las quiere ver por separado, o bien la acción antijurídica, debe estar unida al daño en virtud de un nexo causal adecuado. Más aún así, ello no importa el automático nacimiento de la responsabilidad civil, por cuanto ha de haber un factor de atribución, bien subjetivo, bien objetivo, que habrá de colocar en cabeza del agente dañador el deber de resarcir, de reparar el daño causado.

He de agregar algo más sobre el punto, y precisamente frente al cuestionamiento del monto de condena por el daño físico padecido. Respeto distintas opiniones que puedan derivar en criterios disímiles a la hora de indemnizar el perjuicio sufrido, mas no

dejaré por ello de expresar y aplicar la mía, la que tiene en vista esencialmente a la víctima de aquel por sobre otras consideraciones. Tengo dicho, y sostengo, que los jueces, a quienes la Constitución nos ha confiado la ardua tarea de impartir justicia, si es que ello es posible desde que como virtud cardinal se corresponde aquella con un valor absoluto, por tanto ajena al alcance de la natural condición humana; mas si de aplicar la ley a través de las reglas de la sana crítica, debemos ser valientes. Quiero decir con esto que de nada vale fijar una indemnización si el monto resulta inidóneo para cumplir los fines a los cuales está destinada, ya que desde que entonces ofende aquel espíritu de justicia ínsito en la legítima expectativa del justiciable.

En tal inteligencia, asiste razón al recurrente cuando sostiene que son diversos los parámetros que deben conjugarse a la hora de cuantificar la indemnización por la minusvalía que deriva del siniestro del que fuera víctima y, como dije antes las consecuencia que se proyectan en la vida del individuo producto de la incapacidad que ha sobrevenido. La suma que pretende no es caprichosa, sino el resultado de combinar aquella variables de edad, ingreso laboral y porcentaje de incapacidad.

Resulta doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que si lo que se pretende es determinar una suma que permita reparar el perjuicio caracterizado como pérdida de ganancia, es forzoso precisar la entidad de ese daño, a fin de justificar la proporción entre el mismo y aquella indemnización (*cf*. Fallos 285:55; 297:305; 309:1269, entre otros).

En orden a ello, una ecuación que cumpla los requerimientos de la Corte en el tema, debería reparar en las condiciones específicas de la víctima, como ser su edad, sexo, profesión, ingresos, situación familiar, tipo de dolencia y -primordialmente- grado de minusvalía laborativa. Obsérvese que la señora juez de grado tuvo en cuenta varios de dichos parámetros, es decir que no

fue ni discrecional ni arbitraria la fijación del *quantum*.

Se ha dicho que la integralidad de la reparación como objetivo es loable, pero incluso un cálculo implícito y subconsciente ("sin fórmulas"), no puede prescindir de lo racional. Las fórmulas ("Vuoto", "Vuoto II", “Marshall”, o cualquier otra) no hacen más que plasmar ese razonamiento en el decisorio, con el fin de evitar la temida arbitrariedad. Citando el voto en "Méndez": "Si se desestimara incluso esta posibilidad teórica, la conclusión necesaria sería que la determinación del resultado es puramente arbitraria. Y sin embargo, podría insistirse aún, la propia arbitrariedad de un resultado numérico obedece siempre a alguna fórmula, aunque su estructura y sus variables puedan juzgarse inconvenientes o injustificadas. Es posible, pues, criticar una fórmula tanto por su estructura como por sus variables, elementos todos estos que requieren una justificación ajena al propio cálculo; pero es literalmente imposible prescindir de la aplicación de alguna fórmula cuyos elementos se juzguen debidamente justificados". En otras palabras: el juez tiene el deber de explicar cómo llega a los números de condena, y eso se logra -necesariamente- a través de un cálculo (Ahuad, Ernesto Jorge, “El daño material en la acción civil: fórmula "Vuoto II" versus prestaciones sistémicas”, dic. 2008).

Precisamente, si aplicamos “Méndez” al caso concreto, la suma que se obtiene con las variables del caso particular es aún mayor a la requerida en el marco de la impugnación, por lo que bien corresponde admitir el reclamo que es expresado en el agravio respectivo y elevar la partida del rubro a la de $ 139.734.

Continuando el análisis, el monto otorgado por daño moral compone la restante falta de coincidencia en los votos que me ha precedido.

Recuerdo aquí que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75

inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico. (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "Sffaeir, L. c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud y Acción Social s/ demanda contencioso administrativa").

Comparto en tal sentido, la corriente que sostiene que "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (CCiv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, "Velázquez c/Ledesma s/ ds. y ps.").

Es claro que este perjuicio se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (*cf.* LLAMBÍAS, J. J., "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", t. I, pp. 297/298, núm. 43).

Para graduar acabadamente este menoscabo, deben ponderarse los dolores propios del traumatismo sufrido por el actor, así como la angustia derivada de la incertidumbre respecto a la evolución de las lesiones y los padecimientos íntimos ocasionados por los tratamientos a los que tuvo que someterse.

En tal inteligencia, no aparecen como fundados los argumentos en los que el actor vincula su pretensión al

costo y cantidad de las sesiones de terapia recomendadas en la pericia psicológica practicada en el devenir del proceso. Es que, como antes señalé, podría ello haberse hecho valer dentro del perjuicio patrimonial desde que se trata de sumas que deberán ser abonadas, sin que ello guarde relación con la afección moral.

En ese orden de ideas, no hallo justificado en derecho el reclamo que conforma el agravio, y consecuentemente propondré su rechazo.

Resta resolver lo atinente a las costas, las que corresponde sean readecuadas (art. 282 CPCCCh). Sin perjuicio de ello, mantendré la imposición de las costas de la instancia de grado a los demandados por cuanto lo decidido no modifica su carácter de vencidos. En cuanto a las de esta alzada, las impondré en el orden causado. Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, modificando el fallo de grado y estableciendo el monto de condena por daño material en la suma de $ 139.734, confirmando el resto de la sentencia.

2) Mantener las costas de la instancia de grado a cargo de los demandados vencidos e imponer las de la alzada en el orden causado (arts. 69 y 282 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del acuerdo.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 675/685vta.

3) Modificar el monto de condena por incapacidad sobreviniente, el que se fija en la suma de ciento treinta y nueve mil setecientos treinta y cuatro pesos ($139.734).

4) Costas de la primera instancia a los demandados vencidos.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la instancia de grado a los Dres. Pedro Chichinale y Sebastián Moreno conjuntamente en el dieciocho por ciento (18%), al Dr. Jorge Javier Echelini en el nueve por ciento (9%), a los Dres. Alejandro Frank Langer y Maira Raquel Frías conjuntamente en el diez por ciento (10%), al Dr. Miguel Díaz Vélez como letrado apoderado de citada en garantía en el nueve por ciento (9%) y al perito accidentológico Sr. Rodolfo Carranza Vilches, al perito médico Dr. Isser Juan Wegorz y al perito psicólogo Lic. José María Ferreira Mickiewicz, a cada uno de ellos en el dos por ciento (2%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

6) Costas de esta instancia por su orden.

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. Pedro Chichinale en el veintisiete por ciento (27%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

8) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 710vta.

9) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara