En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, 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. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de Cámara Dra. M. Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., N. A. c/ C., M. G. y otra s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 393/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 469/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 531), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco 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. 469/474? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 469/474 hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. N. A. M., y condenó al Sr. M. G. C., a abonar al actor -en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos de rehabilitación y daño moral la suma de $1.829.000 con más los intereses a calcular desde la fecha del siniestro 14 de febrero del año 2012, hasta su cancelación total y definitiva. Hizo extensiva la condena a la aseguradora L. C. D. S. S.A. en idéntico efecto que contra su asegurado y dentro de los límites y alcances de las normas sustantivas y del contrato de seguro vinculante. Impuso las costas a

los demandados vencidos. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

1. Los recursos:

A fs. 476, la demandada y citada en garantía apelaron la sentencia y los honorarios regulados a los profesionales por altos.

A fs. 482 se alzó la parte actora.

Obran glosados los agravios de la actora a fs. 507/510 que fueron contestados por la contraria a fs. 519/522.

A fs. 511/517 lucen agregados los agravios de la demandada y citada en garantía que merecieron respuesta de la actora a fs. 523/528.

A fs. 374 fue concedido con efecto diferido el recurso de apelación interpuesto a fs. 372 por las codemandadas contra la imposición de costas dispuestas a fs. 370. Toda vez que no se dio cumplimiento con la carga impuesta por el art. 263 corresponde declarar desierto el mentado recurso.

2. Agravios:

La actora estructura su queja en dos agravios: en primer término, sosteniendo que el juez *a quo* reconoce el daño por incapacidad sufrido, pero no lo indemniza y estima el valor lucro cesante en $1.475.500 a razón de la exigua suma de $6.500 mensuales hasta los 65 años.

En segundo lugar se quejó del porcentaje del 20% para los rubros extrapatrimoniales de daño moral y vida en relación por ser exiguo. Asimismo cuestiona el rechazo al rubro indemnizatorio de daño estético.

Respecto al primer agravio cuestionó la suma de $6.500 tomada como base para el cálculo de la incapacidad física más lucro cesante.

Señaló que el haber percibido en el año 2012 tomado en cuenta por el juez era equivalente a más de dos

salarios mínimo, vital y móvil conforme Res. 2/2012; y que a partir del mes de julio del corriente año el salario mínimo vital y móvil es de $10.000. Dijo que sólo utilizó el valor de aquel entonces como parámetro de referencia más no dejó cerrado el objeto del reclamo con un monto, tal que quedó sujeto a lo que en más o en menos surgiera de la prueba a rendirse en autos.

Afirmó que dicha decisión implica congelar su futuro y condenarlo a la indigencia de por vida.

Señala también que en la cuenta efectuada por el juez *a quo* omitió considerar el salario anual complementario por cada año, por lo que cualquier cálculo o suma menor es ir en contra de la reparación plena que garantiza nuestro CCCN art. 1740 y la pautas indemnizatorias del 1739.

Insiste en la comparación de lo condenado con los salarios mínimos vitales y móviles que representaba lo percibido en aquel momento por el actor. Ejemplificó aduciendo que el salario del Sr. M. a la fecha sería de $12.130,30. Denunció que no existe paridad con lo resuelto.

Entendió que con los intereses regulados se debería actualizar hasta la fecha del efectivo pago los de los meses pasados, pero los de los meses venideros hasta los 65 años quedarían fijos en la suma de $6.500, en realidad deberían ser equivalentes a los que realmente percibía.

Aseguró que la relación de los dos salarios mínimos desde la fecha del accidente con las variaciones que rigen desde el año 2012 según las Resoluciones respectivas emanadas por el Gobierno Nacional N° 2/2011; 3/2014, 4/2015; 2/2016 y 3E/2017 Ministerio de Empleo y Seguridad Social es lo que debería mantenerse para considerar que la sentencia repara el daño causado y se ajustaría a derecho.

Concluyó que hacia el futuro no hay actualización posible, sino una condena si el salario queda fijo después de la fecha de efectivo pago en $6.500 hasta los 65 años con lo cual el lucro cesante más la incapacidad física debe reverse porque deprimir la base de cálculo a la exigua suma de $6.500 es agredir y lesionar su incapacidad actual.

El segundo agravio en relación al rubro de daño estético rechazado, sostuvo que yerra el juez *a quo* en tanto quedó probado que el Sr. M. al día de hoy posee el pie deformado, sin poder afirmarlo, torcido hacia adentro, se le ha acortado la pierna por la posición obligada que mantiene y la columna sufre el desgaste de la inclinación al caminar -todo ello reconocido en la sentencia traída en queja-.

Señaló que el juez *a quo* reconoció el daño moral y a la vida en relación, pero ha meritado su *quantum* en un insuficiente 20% del total del daño patrimonial por incapacidad física y lucro cesante sin fundamentar las motivaciones para deprimir el porcentaje del 50% solicitado para tres rubros esenciales y excesivamente acreditados tanto por la pericial psicológica como por las demás periciales profesionales que obran en autos, tal que todos han visualizado el estado del Sr. M..

Lo agravió que se ignore el daño estético, por ello hizo hincapié en este rubro en particular, en tanto el daño moral y la vida en relación se encuentra totalmente probado y reconocido, cuestionándose solo la ausencia de fundamento para minimizar su cuantificación al 20%.

Transcribió jurisprudencia y doctrina respecto a la definición del rubro, y explicó que la parte lo solicitó dentro del daño extrapatrimonial y en conjunto con el daño moral, peticionando por la gravedad y consecuencias de estos tres aspectos el equivalente al

50% del monto del daño material, algo menos de un 20% por cada uno –dijo-.

Denunció contradicción en la decisión en tanto el juez *a quo* tiene por acreditada la lesión sufrida por el actor, pero sin fundamentar, simplemente rechaza el daño estético porque las probanzas no han sido convincentes, sin decir los motivos que lo llevaron a desestimar el material probatorio cuando de todo conjunto resulta evidente el daño estético.

Afirmó que resultó probado que posee una lesión incapacitante, que también es estética en su miembro izquierdo, que lo obliga a moverse con muletas, no puede apoyar el pie que se tuerce hacia adentro, por lo que no tiene ninguna movilidad de su tobillo. La consolidación viciosa provocó mala circulación, con una deformidad, perdiendo la alineación normal de la tibia. El color de su pie y pierna ha cambiado a ocrepigmentación producto de la extravasación hemática del foco de la fractura y del trastorno venoso resultante de la fractura. (Punto 11 de la pericia). El pie y pierna se han puesto de color oscuro lo cual se agrava con el paso del tiempo.

Invocó que del punto 1 de la pericia psicológica surge claramente el daño estético en tanto dice "ingresa con dificultad utilizando muletas" y luego hace referencia a la situación del Sr. M. y su grupo familiar después del accidente.

Hizo referencia a la pericia traumatológica y médica, aludió a las fotografías que obran en autos donde claramente se evidencia la deformación descripta por el Dr. M..

Insistió en el concepto de reparación integral y la necesidad de indemnizar por todos los daños efectivamente sufridos, entre ellos el estético.

Dijo que el 20% resuelto como daño moral y vida en relación deberá verse incrementado además por el agravio a su figura, su presencia, su imposibilidad de verse erguido calzarse adecuadamente, lucir su imagen natural y el hecho de hacerle frente a aquella imagen sin armonía que le devuelve el espejo diariamente cuando debe utilizar un soporte para caminar.

Agravios demandada y codemandada:

1. Mecánica y responsabilidad por el accidente de tránsito:

El juez consideró que existió culpa del demandado en el accidente de tránsito ocurrido en fecha 14 de febrero de 2012 por vulnerar la prioridad de paso que ostentaba el actor, quien circulaba por la derecha.

Transcribió los considerandos en la parte pertinente y concluyó que el sentenciante omitió en su pronunciamiento una correcta ponderación del nexo causal y en su lugar adoptó una decisión superficial e incluso intuitiva para componer el conflicto, sin advertir que quien causa los daños que motivan la presente es el propio accionante, por conducir el vehículo embistente, tal y como lo explica el dictamen pericial accidentológico.

Achacó la omisión de un examen riguroso de la mecánica o forma de producirse el accidente de tránsito, inclinándose por una decisión apresurada, conforme la cual atribuye la responsabilidad al demandado por el sólo hecho de transitar por la izquierda.

Adujo que luego de establecida la responsabilidad subjetiva del Sr. C. -derivada de la inobservancia de la norma de tránsito-, el juez *a quo* la transformó en objetiva por cuanto sostuvo que la demandada no logró demostrar que el accidente sucedió por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Considera que al exigir prueba de la culpa

de la víctima al parecer el magistrado subsume la cuestión bajo el segundo párrafo del art. 1113 CC el cual transcribió.

Dijo que sin embargo el juez pasó por alto, durante todo el análisis, que el embistente y por tanto causante del daño ha sido el propio accionante, quien no pudo detener la marcha de su motocicleta impactando con su rueda delantera el lateral derecho de la Meriva.

Se agravió por cuanto el juez extremara la carga probatoria de la parte demandada exigiendo la prueba de la culpa exclusiva del actor, cual si pesara sobre C. responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa, cuando a su criterio es la autoría de M. dado su carácter de embistente la que debe ser juzgada a la luz del segundo párrafo del art. 1113 CC.

Dijo que el magistrado debió aplicar derechamente la regla del Código de V. y su homogénea doctrina judicial.

Consideró que haciendo aplicación de la doctrina allí sentada, y siendo el motociclista el rodado embistente el conductor debe responder por los daños resultantes, atento a su condición de autor material de estos. Por ello es que habiendo sufrido una lesión o fractura en su miembro inferior derecho debió haber demostrado la culpa exclusiva del conductor de la Meriva, quien revistió la condición de vehículo embestido, y por tanto sujeto pasivo del daño.

En consecuencia, dijo que cobra plena aplicación la solución normativa del art. 1113 y siendo M. el embistente, su responsabilidad objetiva solo puede ser desplazada si se acredita la culpa exclusiva del encartado, Sr. M. C..

Argumentó que de esta forma queda desplazada la supuesta culpabilidad que el a quo le atribuyó por haber cruzado sin prioridad de paso, acusación que a todo

evento, no se ajusta a las constancias de la causa por cuanto esa prioridad de paso desaparece por haber ingresado el Chevrolet Meriva en primer término a la encrucijada siendo luego embestida por el motociclista.

Reiteró que el juez ha ignorado estas cuestiones y la construcción del fallo se asienta en la responsabilidad subjetiva de C. por haber violado la prioridad de paso, conclusión que no se ajusta a las constancias de la causa.

Dijo que contrariamente a las conclusiones del fallo, no es cierto que haya existido culpa por parte de C. y mucho menos de la gravedad e intensidad necesarias para desplazar la responsabilidad de M. en su carácter de dueño o guardián de la cosa con la cual embiste al demandado.

Adujo que la maniobra realizada por el demandado fue ajustada a las reglas de tránsito, dado que habiendo llegado primero a la intersección o boca calle que conforman Rivadavia y Saavedra comenzó a transponerla y cuando estaba concluyendo el cruce, resultó embestido por la motocicleta que conducía M., quien no pudo frenar ni detener su marcha.

Argumentó que el art. 41 de la Ley 24449 no otorga un “bill de indemnidad” para llevarse todo o que está en el camino por delante; y que el Sr. M. debió frenar su motocicleta, conforme lo certifica el perito en accidentología Vial, quien no detectó muestras de frenada.

Insistió por un lado en la ausencia de responsabilidad de C. por haber llegado en primer término a la bocacalle; y por otro en la falta de incidencia de la prioridad de paso por haber cedido por imperio de los hechos.

Concluye que el sentenciante realizó una desacertada reconstrucción del hecho, omitiendo indagar

adecuadamente sobre su mecánica. Agregó que se suma demás un incorrecto encuadre legal del caso dado que el juez omite aplicar en toda su dimensión y significado el segundo párrafo del art. 1113 y conforme la cual la existencia de una colisión múltiple no desplaza la aplicación de la responsabilidad objetiva por riesgo creado. Dijo que el juez *a quo* parece enrolarse en la antigua corriente jurisprudencial según la cual en tales casos debía examinarse la culpa de los protagonistas antes que su responsabilidad.

2. Resarcimientos:

a. Incapacidad física y lucro cesante:

Dijo que la actora en su demanda pretendió la suma de $1.362.000 afirmando que producto de su trabajo obtenía la suma de $6.900 mensuales, extendiendo su reclamo por un total de 227 meses, hasta la finalización de su vida laboral activa (65 años) y que el juez hizo lugar al 100% del reclamo, pero al realizar la ecuación efectuó un error aritmético dado que la cuenta correcta asciende a $1.362.000, que coincide con lo peticionado por la actora, no $1.475.000 como se determinó. Entiende que el juez otorgó más de lo pedido sin dar ninguna razón y sin fundar su decisión en prueba o hecho sobreviniente. Atribuyó tal circunstancia a un mero error aritmético que pretende sea subsanado en la alzada.

Asimismo se agravió por el exorbitante monto otorgado que con los intereses –dijo- se transforma en una suma varias veces millonaria, que en modo alguno se ajusta a las circunstancias personales del actor y a los perjuicios que efectivamente le causó el accidente.

Señaló que si bien la incapacidad que presenta el actor es elevada, en modo alguno equivale al 100% de su total obrera, por lo que no es viable hacer lugar a la totalidad de las sumas reclamadas en la demanda.

En efecto, argumentó, la pericia médica practicada por el Dr. G. fijó en un 52% la incapacidad, mientras que la del Dr. M. la fijó en un 45%, por lo que resultando un parámetro objetivo, no se ajusta a derecho lo resuelto por el juez *a quo*, quien no ha hecho mérito de las circunstancias fácticas acreditadas, limitándose a señalar que se encuentra probada la incapacidad.

Dijo además que la actora no acreditó desempeñarse como albañil en forma regular, no ha presentado recibos de haberes, ni prueba alguna que demuestre tal condición; ni la regularidad ni el monto de sus ingresos. Agregó que la eventual realización de "changas" en el ámbito de la construcción no puede significar, desde el punto de vista jurídico, que M. tiene un derecho adquirido a percibir de por vida un ingreso equivalente al salario de un operario de la construcción.

Afirma que el hecho dañoso acaecido no puede significar un enriquecimiento para el actor quien por imperio del juicio mejora su situación económica y sus ingresos.

Concluyó que siendo la incapacidad del actor del orden del 50%, no se ajusta la decisión del juez que otorgó el 100% de la indemnización pedida, toda vez que la actora conserva el 50% de la capacidad de trabajo que le permite obtener ingresos.

En consecuencia, consideró que la suma de $6.500 debe ser reducida a un 50%.

b. Rehabilitación:

Cuestiona nuevamente que el juez otorgare una suma mayor a la peticionada por la actora, la cual indemnizó en la suma de $58.500 cuando la actora reclamó por tal concepto $35.000. Señaló que no existen fundamentos fácticos o probatorios que justifiquen esa demasía decisoria, ni tampoco se proporcionan argumentos para

saltear el principio dispositivo que sigue rigiendo en el proceso.

Solicitó se limite el resarcimiento a lo peticionado por la parte de conformidad con las constancias de la causa.

c. Daño moral:

Como consecuencia de los agravios vertidos respecto al rubro incapacidad y lucro cesante, entendió que corresponde adecuar la suma que representa el 20% sobre la suma de $1362 que corresponde, lo que equivale a $272.400 en lugar de los $295.000 fijados.

Sin perjuicio de lo expuesto le resultó excesivo el monto fijado por el juez *a quo* toda vez que la incapacidad del actor es de 45/50%, por tanto tales rubros deben ser readecuados a esos guarismos.

3. Antecedentes:

El Sr. N. A. M. promovió demanda de daños y perjuicios contra el Sr. M. G. C. y citó en garantía a L. C. S.A. S. (fs. 01/49). Dijo que el día 14/2/2012 mientras circulaba acompañado de su señora en la moto motomel c x 150 cc por avda. Rivadavia dirección sur norte a velocidad prudencial y reglamentaria, y al llegar a la intersección con calle Saavedra, disminuido la velocidad y cerciorado de la ausencia de rodados en las inmediaciones hizo uso de la prioridad de paso que le asistía y en la mitad de la bocacalle fue embisto por el vehículo Chevrolet Meriva conducido por el Sr. C.. Producto del impacto sufrió graves lesiones que lo incapacitaron debido a la falta de provisión de del material de osteosíntesis necesario. Fundó la responsabilidad del accionado en el 2do. párrafo del art. 1113 CC.

Denunció que desempeñaba tareas de albañil en forma independiente y percibía alrededor de $6000/$8000 mensuales.

Con base en tales ingresos, reclamó resarcimiento por daño material comprensivo de incapacidad física sobreviniente y lucro cesante hasta la edad jubilatoria; y los gastos de rehabilitación que cuantificó en $1.397.000.

Como daño extrapatrimonial, comprensivo del daño moral, estético y daño a la vida de relación el 50% del daño material reclamado.

A fs. 59/83, el demandado M. G. C. y la C. de S. Sociedad Anónima tomaron participación en autos por medio de apoderado, y contestaron demanda, solicitando el rechazo con costas. Negaron los hechos pormenorizadamente. Rechazaron los rubros indemnizatorios. Ofrecieron prueba. Mas no brindaron otra versión de los hechos acaecidos.

4. Tratamiento de los agravios:

Las codemandadas resisten la atribución de responsabilidad al codemandado Sr. C., de modo que analizaré en primer término tal queja en razón de la eventual incidencia respecto de los restantes.

El fundamento central de la queja del recurrente se ciñe en sostener que conforme la calidad de embistente del actor, el juez debió de aplicar el art. 1113 de forma tal que sobre su cabeza pesa la carga de acreditar la responsabilidad del demandado.

Conforme surge de la pericia accidentológica obrante a fs. 422/425 y vta. "al llegar a la intersección, ambos vehículos (moto y Meriva) inician el cruce del empalme donde el conductor del Meriva en un primer momento cruza el carril Norte de la Avenida, ingresando al bulevar (24 metros de ancho), y al arribar al carril Sur NO percibe desde su DERECHA la circulación de la motocicleta, iniciando el cruce de dicho carril, siendo así embestido en el centro de la intersección por

la rueda delantera de la motocicleta…", resultando ser el vehículo embistente la motocicleta.

Pero, la embestida por sí sola no resulta determinante para atribuir responsabilidad en un accidente, pues ha de analizarse si medió por parte de embestido transgresión a las normas de tránsito.

Una regla elemental de circulación impone que al llegar a una bocacalle o encrucijada el conductor debe reducir sensiblemente la velocidad, y ceder espontáneamente el paso a todo vehículo que se presentare desde la derecha, por la vía pública; de tal modo que la violación de esta obligación genera en caso de accidente la responsabilidad inherente a los daños ocasionados.

No obstante, sabido es que la prerrogativa derivada de la prioridad de paso no autoriza a llevarse por delante cuanto obstáculo encuentre en su camino, pero cobra suma relevancia cuando los vehículos en cuestión llegan simultáneamente y a marcha reglamentaria a la intersección de dos calles.

De la pericia accidentológica obrante a fs. 140/145 (obrante en el expte. "Cría. Segunda s/ inv. lesiones graves culposas R/V M. N. A.", Caso 42.370), surge que el automóvil Chevrolet Meriva se hallaba circulando a velocidad mínima (reglamentaria al momento de la colisión), no pudiendo determinarse la velocidad para el caso del motociclista, conclusión que coincide con la afirmada en la pericia de fs. 421/425. No obstante la conducción a una velocidad reglamentaria por parte del conductor de la moto puede inferirse de la inexistencia de indicios de derrapes, efracciones, frenadas, restos de mica, vidrios en el lugar del impacto y de la posición en que quedaron los vehículos luego del impacto, conforme lo informado por el perito a fs. 424.

De esta forma la versión del actor se ve corroborada, en cuanto a las circunstancias del accidente.

La colisión se produjo a mitad de la bocacalle de la intersección de la av. Rivadavia y calle Saavedra, y dadas las circunstancias mencionadas, era el actor quien tenía preferencia para avanzar dado que era quien circulaba por la derecha.

Probada la prioridad de paso del Sr. M., era el demandado el obligado a demostrar que su cruce se ajustó a las normas, que llegó primero a la bocacalle y que cuando estaba concluyendo el cruce resultó embestido, lo que no ocurrió.

Por el contrario quedó demostrando que su cruce y llegada aconteció en forma simultánea al de la actora, hecho este probado por sí solo por el lugar del impacto y los daños al vehículo mayor, ya que C. fue embestido en medio de la intersección y sobre el lateral derecho a la altura del guardabarro delantero.

Por ello pese al énfasis que las demandadas recurrentes ponen en la calidad de embistente, esta resulta irrelevante para determinar la culpabilidad cuando media antes de la colisión infracción a las normas de tránsito por el presunto embestido (0.0688873, “Lemole, Hernán vs. Palmieri D., Alfredo y otro s. Daños y perjuicios”, 2ª CCCMPT, Mendoza, Mendoza; 11/11/1997; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Mendoza; 132389; RC J 19845/09), tal como se verificó en autos.

Así las cosas, debe considerarse la relación existente entre las normas de tránsito y las del Código Civil en materia de culpabilidad y responsabilidad: por un lado resulta aplicable el art. 1113 del Código Civil por ser los daños consecuencia de una intervención de dos cosas riesgosas; y del otro La Ley de Tránsito que

en su art. 41 otorga prioridad de paso a quien circula por la derecha.

En esta inteligencia, haciendo una interpretación armónica de la normativa aplicable -contrariamente a lo sostenido por el recurrente- la presunción de responsabilidad del embestidor cede frente al principio de prioridad de paso que revierte la carga de la prueba. En cuanto al carácter de embistente, es sabido que en muchas circunstancias el embestido es quien ha provocado tal situación

Tratándose de vehículos en movimiento el concepto de embistente es relativo, pues es fácil convertir ese rol en la de embestido mediante maniobras de último momento como, por ejemplo, hacer un viraje por delante de quien tiene prioridad de paso, aumentar la velocidad a fin de adelantarse en el cruce o, simplemente, no reducir la misma al llegar a la bocacalle (CNCom. Sala E, setiembre 15-998. Trench, Héctor R. c. D.I.T.A.S.A. y otros .Rev. LA LEY del 19/11/98, p.6, fallo 98.12; nota de investigación de "Accidentes de Automotores", de ED t.44, pts. 1269,1303, 1304 y 1352, págs. 1024, 1029 y 1035; igualmente fallos sumariados por Hernán Daray en la obra "Accidentes de Tránsito", t.1, ed.1991, Nos. 9, 14, 16, 17, 24, 27, 36, 67, 72 y 116, págs. 218/220, 222/223, 226 y 116, entre muchos otros).

Es que quien interviene en un proceso judicial en virtud de un accidente de tránsito deberá destruir la prioridad de paso que invoca aquel que la tenía, y el juez no podrá soslayar la resolución de este punto ya que… se trata de una presunción de origen legal ("Accidentes de Tránsito. Doctrina Jurisprudencia", Jorge Mosset Iturraspe - M. A. Piedecasas, Rubinzal-Culzoni, pág. 247).

Esa prioridad legal de paso en el caso dadas las circunstancias de tiempo y lugar –visibilidad plena

desde el lugar en que circulaba el vehiculo Chevrolet que debió advertir la llegada de la moto a la intersección y la falta de prueba que la moto se condujera a excesiva velocidad- no logró ser desvirtuada por prueba en contrario.

De allí que corresponde imputar exclusiva responsabilidad por el accidente de tránsito al conductor demandado en tanto se probó que el actor gozaba de prioridad de paso y que aquel se interpuso en su camino, sin que haya probado la culpa eficiente del actor, de un tercero por quien no deba responder ni caso fortuito.

Por tales razones corresponde desestimar el agravio y confirmar la atribución de responsabilidad del demandado, Sr. C..

1. Decidido lo anterior abordaré las quejas relativas a los montos resarcitorios.

El monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente:

Como he sostenido en anteriores pronunciamientos (SD CyC Nros. 51/2017 y 18/2018 entre otras), 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.

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.

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 "ultima 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.

En consecuencia, deberán considerarse que 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.

Ahora bien, no existe un modo unívoco para calcular el valor presente de una renta futura no perpetua; existen diversas fórmulas. Las más utilizadas son las denominadas fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Mendez".

“Estas técnicas tienen una estructura de matemática financiera estable, constante y predeterminada a la que se le adicionan en cada caso las variables particulares (en general y principalmente: la edad de la víctima, sus ingresos probados o estimados, el tiempo restante o edad máxima para realizar actividades productivas o económicamente valorables) que permiten arribar al resultado numérico final. De este modo se determina un capital que, puesto a interés, se amortice en un período calculado como probable de vida productiva de la persona, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubiera recibido de no haber mediado el evento dañoso” (Galdos, Jorge AR/DOC/3677/2016).

La fórmula "Vuoto" posibilita determinar un Capital (C), que colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permita a la persona damnificada 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: (C = a x (1 – Vn) x 1/i x % de incapacidad).

Las variables que permiten despejarla son la remuneración anual (a), la cantidad de años que le faltan a la víctima para cumplir 65 años (n), la tasa de interés compuesto anual del 6% (i) y el porcentaje de incapacidad laboral.

Esta fórmula ha sido superada por la denominada Méndez o Vuoto II que importó un cambio en las variables atendiendo a las observaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Arostegui. Concretamente se introdujo una modificación en la edad tope elevándola a 75 años teniendo en cuenta el fin de la vida útil de la víctima y que la merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejara en la etapa pasiva en su haber previsional. También a los fines de evitar el congelamiento del ingreso de la victima, se introdujo un mecanismo para actualizar el salario a través de computar el ingreso al momento del hecho por el resultado que arroje de dividir 60 por la edad del damnificado al momento del accidente y se bajo la tasa de interés empleada en la fórmula original.

Así, se dio contenido a las variables del modo siguiente: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 - edad de la víctima; i = 4% = 0,04).

En el caso bajo examen, se advierte que el monto reclamado tuvo por variables el ingreso denunciado ($6.000) multiplicado por la cantidad de meses faltantes para arribar a la edad jubilatoria de 65 años, contabilizando 12 meses anuales, esto es, sin considerar el Sueldo Anual Complementario que pretende introducir al expresar agravios.

Asimismo, nótese que en el caso, el juez de grado aun cuando aplicó la normativa anterior y mencionó como datos a tener en cuenta la edad del actor y los ingresos estimados al momento del siniestro, otorgó la indemnización superior a la peticionada por el actor en su postulación, producto de haber considerado un ingreso de $6500 en lugar de los $6.000 computados en la demanda.

Bien, efectuados los cálculos conforme los requerimientos indicados y acreditados en la causa (edad, salario) y teniendo en cuenta el grado de incapacidad del 52% especificado por el Dr. G. a fs, 242/243 complementado a fs. 266/268, el monto indemnizatorio reclamado por la actora se identifica con el que arroja la aplicación de la Formula Méndez de $973.388, de allí que sus agravios no resultan atendibles. Pues pese al esfuerzo argumentativo, queda demostrado que lo solicitado y lo concedido es mayor al resultado que arrojaría el parámetro que corresponde utilizar según el encuadre normativo determinado.

Corresponde adunar que estas fórmulas constituyen la vía instrumental que permiten la determinación orientativa del capital al que se refiere el art 1746 CCCN y se erigen como un parámetro o guía que no puede ser omitido a la hora de medir los daños por discapacidad física o psíquica sin que conduzcan a la aplicación automática e inexorable del resultado numérico al que se arribe; y no excluye a los otros parámetros, provenientes de la sana crítica, la experiencia vital y el sentido común, pudiendo apartarse de la cuantía matemática fundando los motivos o razones por los que se reduce o incrementa aquél monto.

Por idénticos motivos, tampoco resultan viables las quejas de las codemandadas relativas a un error de cálculo inexistente, falta de congruencia y exorbitancia del monto otorgado.

Teniendo en cuenta la grave afectación sufrida por el actor, que impide al Sr. M. la realización de las actividades remuneradas que ejercía, considero que en el caso debe confirmarse el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente otorgado por el a quo y rechazar los agravios expresados por ambas partes al respecto.

Daño moral:

El actor solicitó indemnización por daño moral comprensivo del estético y a la vida de relación justipreciando la suma de $681.000 equivalente al 50% del reclamo de daño material por incapacidad sobreviniente "o lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse".

El sentenciante concedió por la partida la suma de $295.000 equivalente al 20% de la reparación otorgada por incapacidad física.

No consideró probado el daño estético.

El recurrente señala que se acredito suficientemente el daño estético y a consecuencia de ello corresponde elevar el porcentual dado respecto de la incapacidad física.

Es clara la dificultad que presenta la tarea de justipreciar tal lesión; sin perjuicio de ello es necesario recordar que deben ser exteriorizadas las bases lógicas y jurídicas sobre las que el juez asienta su estimación.

Efectivamente, de la pericia médica rendida (fs. 242/243 y explicaciones de fs. 266/272 y la de fs. 413/416), surge que el Sr. M. a los 45 años, fue atropellado en la vía pública, por un vehículo. Como consecuencia del impacto, quedó tendido en la calle debajo de una Combi estacionada frente a un quiosco. Fue ayudado por ocasionales transeúntes y policías que le impidieron moverse, con el pie izquierdo "totalmente flojo y se

movía para todos lados". Fue trasladado al Hospital regional y atendido en la guardia donde fue atendido por médico traumatólogo y se le realizaron RX, anestesia local para reducir la fractura y fue inmovilizado con yeso el mismo día del accidente que fue retirado el día 28/5 (3 meses y medio).
Permaneció 4 días internado. Efectuó luego, tratamiento de rehabilitación kinesiológica durante 20 días.

Presenta limitación de movilidad y dolor en la zona fracturaría y en la planta del pie izquierdo. Se aprecia deformidad del extremo inferior de la pierna, por haber perdido la alineación normal de la tibia con un resalto interno, tiene desviado el pie hacia adentro y apoya con el borde externo del mismo y el 5to dedo. Se advierten lesiones dérmicas con pigmentación ocre y trastorno venoso. La marcha en puntas de pie y sobre los talones con intenso dolor. Se moviliza con muletas para todas las actividades de su vida a diario. No puede hacer fuerza, ni saltar ni estar mucho tiempo de pie

Específicamente la pericial psicológica es la que demuestra la indubitable lesión extrapatrimonial. Concretamente detalla el impacto de dolor y sufrimiento real sobre su cuerpo, el padecimiento de calambres; cómo la falta de cobertura médica coadyuvó a que el impacto sobre la salud integral y económica fuera mayor impidiendo acceder a lo necesario para intervenirse quirúrgicamente, que por la lesión sufrida hubiera sido lo mas recomendable a juicio de los especialistas. La imposibilidad de trabajar del Sr. M., además de impactar negativamente en su dignidad y autoestima, generó dificultades interpersonales dentro del grupo familiar, con mayor nivel de tensión, frustración y enojo vinculado a las dificultades económicas. El análisis global de la evaluación psicológica demuestra la lesión, en tanto describe el descontento, la preocupación,

estado depresión y pesimismo, la sensación de vacío, la inestabilidad emocional y sentimientos de impotencia, incompetencia e inferioridad que padece M..

Todos extremos que indican la necesidad de un tratamiento psicológico por la fragilidad y vulnerabilidad que se observa.

Es decir que es nítida la "modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" (*cf*. Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

Con respecto a la cuantificación del daño, corresponde tener en cuenta el nuevo parámetro para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales fijados en el art. 1741 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La nueva norma, siguiendo los criterios orientadores que la doctrina y jurisprudencia venían proponiendo, establece que para los supuestos de indemnización de las consecuencias no patrimoniales el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Antes de la reforma se sostenía que el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral

como ‘precio del consuelo’ y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, p. 259; asimismo ver CSJN en causa “Baeza” fallos: 334:376, Cita online:AR/JUR/11800/2011 y en LA LEY 12/05/2011, 5; LA LEY 2011-C, 218; LA LEY 30/05/2011, 11 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; Juan Manuel Prevot; LA LEY 2011-C, 393 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; Juan Manuel Prevot; Sup. Adm. 2011 (junio), 62; DJ 22/06/2011, 41; RCyS 2011-VII, 53 con nota de Félix A. Trigo Represas: RCyS 2011-XII, 261; LLP 2011
(septiembre).

Así teniendo en cuenta la gravedad objetiva del daño, las circunstancia violenta en que fue ocasionado –impacto de vehículo en movimiento-, el periodo de rehabilitación, el dolor permanente o crónico que refiere la pericia, la edad en la que se produjo el accidente, que debió dejar de trabajar, y las consecuencias a nivel espiritual así como la idoneidad del dinero para compensar restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante, cosas, bienes o distracciones propongo el mantenimiento de la indemnización concedida por el juez.

La queja relativa al daño estético, la desestimo, pues en la pericia medica, a fs. 143, fue considerado en el 10% incluido en el 52% de incapacidad.

De tal manera, e independientemente de lo expresado por el juez, lo cierto es que la lesión fue computada en el porcentaje de incapacidad.

Y toda vez que la lesión estética carece de autonomía a los efectos indemnizatorios, debiendo distinguirse entre el bien jurídico que se afectó cuerpo, cicatrices, etc.- de sus consecuencias, las cuales quedan comprendidas dentro de la órbita patrimonial si inciden en la faz laborativa incapacidad-, o bien en el agravio moral si afectan la faz anímica

del individuo. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G - 10/04/2002 - "T., E. D. c. Correa, Ricardo J. y otros" - LA LEY 17/07/2002, 12 - LA LEY 2002-D, 673).

Se señala que el daño estético carece de autonomía, pues se trata de un detrimento que puede tener proyecciones en el daño material o en el daño espiritual (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D • 05/09/2001 - "Gallino, Filomena T. c. G.C.B.A." - LA LEY 2002-C, 52).

Siendo ello así, y estando debida resarcida la lesión estética por integrar la incapacidad física sobreviniente, resultan improcedentes los agravios relativos pues, lo determinante es que cada daño este resarcido con independencia de la "guerra de etiquetas" o "de autonomías" (*cf*. Mosset Iturraspe, "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", Rev. De Derecho Privado y Comunitario, T. 1, p. 39 Nro. 23, Rubinzal Culzoni).

Las razones expuestas al considerar el rubro incapacidad sobrevinientes, resuelven también la desestimación de la crítica efectuada por las demandadas respecto del rubro en análisis.

Gastos de rehabilitación futuros:

El actor reclamó la suma de $35.000 en concepto de tratamientos médicos de rehabilitación futuros y el juez lo concedió en la suma de $58.500 aun reconociendo la ausencia de prueba que coadyuve a determinar su costo.

Las codemandadas, sin cuestionar la procedencia de la partida, objetan el monto concedido. Plantean el vicio de incongruencia, toda vez que sin prueba alguna, el juez otorga más de lo pedido. No existen fundamentos fácticos o probatorios que justifiquen la decisión.

El vicio denunciado efectivamente se constata.

Si bien reiteradamente la jurisprudencia ha decidido que resulta procedente el reintegro de las erogaciones en que debió incurrir la víctima como consecuencia del hecho ilícito y, en tal sentido, aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Y es así, aun cuando el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas. Así, se ha sostenido que en materia de atención médica, traslado y gastos de medicamentos, el aspecto probatorio debe ser valorado con criterio amplio, sin que sea necesaria la prueba acabada de todos los gastos realizados, toda vez que la asistencia médica, sanatorial y de farmacia provoca desembolsos de dinero que no siempre resultan fáciles de acreditar o no son reconocidos por la obra social.

Y es criterio pacífico de esta Sala, que estos gastos son admitidos aun cuando no resulten acreditados en la causa, cuando se advierte que guardan relación con las lesiones sufridas y encuentran apoyatura en informes médicos y su cuantía queda librada al prudente arbitrio judicial (art. 167 CPr/DJ), con ponderación de las lesiones experimentadas, el tiempo de curación, las secuelas, carácter de ellas, y el tratamiento aconsejado, sin que sea menester la presentación de recibos ni facturas.

La propia Corte Suprema de la Nación se expidió en el sentido que el principio de la reparación integral del daño causado, exige que los gastos médicos y de farmacia que guarden razonable proporción con la naturaleza de las lesiones sufridas por el actor deben integrar el resarcimiento (CSJN 288:139).

No obstante, en el caso, no es tal la partida reclamada, sino específicamente la correspondiente a tratamientos de rehabilitación futuros. Y aun cuando el actor haya sujetado el monto total del reclamo a "lo que surja de la prueba a rendirse", lo cierto es que en el caso no ofreció ni produjo prueba tendiente a acreditar el costo de los tratamientos de rehabilitación que efectivamente acreditó necesitar para mejorar las secuelas del infortunio.

Ello así no existe justificación alguna para que el sentenciante otorgue una suma superior a lo peticionado.

En consecuencia, el agravio será receptado procediendo la partida por la suma de $35.000 conforme lo peticionado por el actor.

5. Costas y honorarios:

Atento a la solución que propongo, levemente modificatoria de la de primera instancia, corresponde readecuar costas y honorarios conforme el art. 282 CPr.

Las costas de ambas instancias serán impuestas a las codemandadas vencidas, pues el éxito obtenido en esta alzada no modifica su calidad de vencida.

Los honorarios de primera instancia para todos los profesionales actuantes, los mantendré toda vez que fueron dispuestos en términos porcentajes y según la escala arancelaria vigente.

Los de esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 de la ley de aranceles vigente y en un todo de acuerdo con la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, corresponde sean determinados los de las Dras. N. T. P. y V. G. B., en el 25% de los que les corresponden en la instancia de grado y los de los Dres. M. D. V. y M. L. B. en el 26% calculado sobre los de la anterior instancia. En

ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

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

1) Declarar desierto el recurso interpuesto a fs. 372 por las codemandadas y concedido a fs. 374

2) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora a fs. 482.

3) Admitir parcialmente el recurso interpuesto a fs. 476 por las codemandadas y revocar la sentencia de primera instancia exclusivamente respecto del rubro gastos de rehabilitación el que se fija en la suma de $35.000.

4) Costas de ambas instancias a las demandadas vencidas.

5) Regular los honorarios del modo propuesto.

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

Se encuentra en revisión de esta alzada por apelación deducida por la parte actora, codemandada y por la regulación de honorarios, la Sentencia Definitiva nro. 13/2018 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción emitida por el Sr. juez de refuerzo. En la sentencia venida en crisis se hizo lugar parcialmente a la demanda, condenándose al demandado Sr. M. G. C. a abonar al actor N. A. M. la suma de $1.829.000 con más intereses desde el siniestro ocurrido el 14 de febrero de 2012, monto comprensivo de la incapacidad sobreviniente, lucro cesante y daño moral. Hizo extensiva la condena a la aseguradora La C. de S. SA, impuso las costas a los demandados vencidos y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 469/474, fs. 476, fs. 477).

Habiendo sido detallados los antecedentes del presente pleito, y las cuestiones por las cuales vino a

revisión por la primer votante, me eximo de efectuarlo en el presente voto por encontrarse cumplimentada la manda procedimental (art. 165 CPr)

I. Por ello iniciaré directamente con el tratamiento del agravio de la parte demandada que cuestiona la atribución de responsabilidad, efectuando un análisis sobre la mecánica del accidente.

En forma prelimar he de señalar que el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su deber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos técnicos especiales. Su situación como técnico capacitado y persona honorable al servicio de la justicia, hace razonable la aceptación del dictamen aun respecto de aquellos puntos en que expresa la opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio que el perito ha tenido en cuenta, pese a que no los haya expuesto con amplitud (Rabinovich de Landau, “La prueba de peritos”, pág.103, ed. Depalma-1985).

Dice que es el propio accionante quien causa el daño, en una decisión apresurada atribuyó responsabilidad por el simple hecho de transitar por la mano izquierda de la bocacalle. Más allá de las manifestaciones respecto de los dichos del juez de grado, en lo que aquí interesa destaca la demandada que el responsable fue el actor quien no pudo detener su marcha impactando con la rueda delantera de su moto al vehiculo de la demanda. Agrega luego de las citas jurisprudenciales referidas a la aplicación del art. 1113 del CC que M. embiste y no tenía prioridad de paso porque la Meriva del demandado había superado alcanzando primero la intersección de las calles.

El perito accidentológico arribó a la conclusión que el vehículo embistente fue la moto conducida por el actor, pero no significa la atribución responsabilidad

en el accidente, puesto que han de valorarse otras circunstancias y factores.

La presunción de embistente está dada, y en este caso especialmente, por la localización de los daños en los rodados; para arribar a la conclusión sobre atribución de responsabilidad que es labor del magistrado y no del perito han de analizarse otros factores.

En el caso concretamente el rodado conducido por M. transitaba por la derecha y contaba con una prioridad prevista en la ley de tránsito (art. 41).

En la pericial de fs. 140/145 (ref.) surge que la velocidad en que transitaba la moto no pudo determinarse, pero sí la camioneta, lo cierto es que ambas pericias son coincidentes en que no existió en el lugar del hecho huellas de frenadas, y se concluye que se produjo el choque a mitad de la bocacalle sin que existan pruebas que el demandado C. haya arriba primero y que cuando había finalizado el cruce fuera embestido por el actor, ni tampoco acredito que el motociclista circulaba a exceso de velocidad, lo que me lleva a la conclusión que es responsable del evento dañoso en el marco del art.1113 CC, M. tenía prioridad de paso.

La responsabilidad del embistente no funciona cuando al vehículo chocado ha interferido sin derecho y sorpresivamente, en trayectoria del otro, es decir, cuando prácticamente se ha puesto delante, en imprudente maniobra, tornando inevitable la colisión, como observo ocurrió en la especie, tal es el criterio que he mantenido en este Cuerpo que integro en forma coincidente con los demás magistrados.

Tampoco puede soslayarse que debió detener la marcha cuando estaba frente a la avenida, cuya mayor circulación de rodados que las calles laterales impone esa prudencia no solamente por la prioridad de paso, lo

que se encuentra contemplado en la ley de tránsito cuando hace referencia a mantener pleno dominio del auto en todo momento. Por estos fundamentos coincido con la vocal preopinante.

II. Montos de condena:

La parte actora y la demandada se quejan de los montos de condena dispuestos por el juez *a quo* para el resarcimiento por incapacidad sobreviniente, con argumentos que se contraponen.

El juez a quo a fs. 473 por incapacidad sobreviniente tuvo en consideración lo dispuesto en Sentencia Interlocutoria nro. 148/2013 confirmada por esta alzada que estableció la suma de $6.500 desde el momento del hecho hasta que el actor cumpla 65 años de edad lo que arrojó la suma final de $1.475.500.

El actor sostiene en su memorial que la jueza de grado no dio tratamiento a la cuestión, que no consideró la vorágine inflacionaria, que la medida cautelar contempló la situación en aquella época y la suma que percibía el Sr. M.. Agrega que el mínimo vital y móvil actualmente es de $10.000 por lo cual no habría con la condena una reparación plena, además de entender que no fue considerado el aguinaldo en los cálculos, tema este que rechazaré por cuanto de las propias manifestaciones del actor al incoar demanda a fs. 44 hizo referencia a sus actividades del albañil autónomo en ningún momento acreditó una relación de dependencia laboral permanente, también considero lo que se manifestó en el informe pericial psicológico cuando habla de su actividad anterior al accidente, por lo cual el SAC no es considerado en estos casos, a lo que agrego que introdujo el tema en el memorial de agravios, por lo cual se excluye porque la alzada está imposibilitada de abordar cuestiones que no fueron objeto de tratamiento en primera instancia, es parte del concepto de debido

proceso que resguarda el derecho protegido constitucionalmente de defensa (fs. 507/508).

Mientras que la demandada sostiene que falló en demasía, en primer lugar porque la suma correcta por 227 meses por $6.500 arroja un total de $1.362.000, argumento este que descalifico porque realizada la simple operación por medios mecánicos, no está errada la suma efectuada por la sentenciante de primera instancia. Pero existen otros argumentos recursivos, tales como que la incapacidad no es del cien por ciento, la pericial médica del Dr. G. la fijó en el 52% el Dr. M. en el 45%. Agregó que el actor no acreditó haber trabajado de forma regular, por ello no puede tener un salario de albañil el resto de su vida, peticionando sea reducida al 50%.

El Código que nos rige ha traído una expresa disposición respecto a la temporalidad de la ley. A fin de interpretar coherentemente las normas contenidas en el art. 7, sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, y a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ha de tenerse en consideración en este caso, que la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior.

Las consecuencias son los efectos -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación ya existente, en este caso, el hecho ilícito imputado.
Por lo que al haber nacido al amparo de la legislación anterior, ella es la que regula el presente.

Al respecto cabe señalar en primer término que, el principio “iura novit curia” permite al juzgador determinar la normativa aplicable con independencia de las normas invocadas por las partes o por el juez de primera instancia. Son los hechos los que individualizan la acción, y las facultades de este Tribunal se encuentran limitadas a los mismos, pero en la aplicación del derecho y las razones que induzcan a aplicarlo, su criterio es soberano. Es por ello que en anteriores oportunidades al momento de determinar la indemnización o resarcimiento por daño moral he aplicado las disposiciones del actual Código Civil y Comercial de la Nación ante la ausencia de dispositivos en el vigente al momento del hecho. Ahora bien, en esta causa nada obsta que pueda seguir los lineamientos de la normativa vigente en este momento. Sobre todo que el art. 1746 del CCCN transformó en norma jurídica criterio que venia manteniendo en forma unánime y constante la jurisprudencia, no siendo ajena esta Cámara al mismo, que mantuvo durante muchos años. Me refiero a que el resarcimiento por el daño producido por el ilícito, tiene que compensar con un capital que a través de una renta cubra esa disminución.

Resulta de interés destacar que la actual normativa en su parte final que el sindicado como responsable no podrá oponer como defensa frente al reclamo por incapacidad sobreviniente la tarea laboral que siga desarrollando la víctima, al tiempo que brinda la oportunidad de fijar los montos utilizando cálculos matemáticos para arribar a ese capital rentable.

El nuevo código parte para los cálculos de los ingresos acreditados o de la valuación de las tareas no remuneradas que la víctima llevaba a cabo y que se vio total o parcialmente impedida de continuar desarrollando en el futuro, por ello se tienen en cuenta la

productividad del capital y la renta que puede producir y que se agote con el lapso resarcitorio.

La integridad de la persona presenta un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos y de toda índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro, con lo cual se tiene que el daño en esta esfera resulta ser susceptible de apreciación pecuniaria, como lo exigía el art. 1068 del Código Civil, y, por ende, indemnizable. Como afirma Mosset Iturraspe, "en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc., y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial"
("Responsabilidad por daños", t.II-B, p. 194).

La incapacidad sobreviniente abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna situación que esta actualmente contemplada en la ley como señalé párrafos precedentes. Lo que se indemniza por este concepto no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, especialmente las que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, su valor se ha relativizado porque la misma norma jurídica, ordena se atienda a la duración de la renta, por lo que el juzgador, con

sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar las secuelas físicas, psíquicas o estéticas que surgen descriptas por el experto, que importen una disminución en la capacidad vital. Quien me precedió utilizó la fórmula matemática llamada "Méndez" como estimativa, que comparto, como también los demás factores a considerar, entre ellos, el tipo de lesión y la secuela que esta descripta en el informe del perito es reveladora de la disminución física que padece M., que el capital del resarcimiento debe arrojar una renta, que en el presente caso esta indemnización ha ido consumiéndose y que el monto definitivo entendiendo por tal la suma de dinero que M. recibirá finalmente, quedará fijado en la etapa de ejecución de sentencia cuando se proceda a los cálculos de los descuentos de las sumas percibidas, por lo cual considero que el importe dispuesto en la instancia de grado debe confirmarse rechazando los agravios de las partes.

III. El juez de grado, determinó la reparación por rehabilitación, que fijó en $58.500, daño moral y de la vida de relación en la suma de $295.000.

La parte actora en su memorial dice que solicitó el daño moral y estético en el mismo rubro en forma conjunta (fs. 509) y que el juez *a quo* rechazo el estético, remite a las pruebas de autos que el actor sufrió un accidente incapacitante y de las pruebas tales como las periciales médicas, surge evidente que ha quedado una lesión estética. Por lo cual el daño estético no puede ser ignorado con lo que el 20% otorgado para daño moral y de la vida de relación debe elevarse. La demandada se queja por resarcimiento por daño moral con el único argumento que es excesiva la suma de $295.000, por lo cual deviene el rechazo toda vez que

carece de argumentación recursiva y sin ello esta alzada se ve impedida de abordar el tema.

En cuanto al recurso de la actora, es veraz la manifestación que al introducir la cuestión litigiosa a fs. 46 peticionó en forma conjunta el daño estético con el moral.

En oportunidades anteriores he sostenido siguiendo prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional que el daño estético no representan un rubro indemnizatorio autónomo, sino que puede ser considerado al calcular la indemnización por incapacidad, sí influye en las posibilidades patrimoniales presentes y futuras de la víctima, como también al calcular el daño moral si influye en los padecimientos espirituales de aquella (en tal sentido ver, Zannoni "El daño en la responsabilidad civil", 2ª. ed. pág.160; Belluscio, "Código Civil…", t.5, pág. 222, Bustamante Alsina, Jorge "Incapacidad sobreviniente y lesión estética", LL1989-C, p.521 y ss., CNCiv., Sala F, "Rodríguez, Angel c/ Para, Jorge s/ daños y perjuicios", 21-3-93, íd. "Calarota A. c/ Carretón, Mariano s/ daños y per.",28-7-93, íd. "Rodríguez Bisso, Luis c/ Villa de Daciuk H. s/ daños y perj.", 11-3-96 entre otros muchos).

En el caso de marras, se trató de un daño corporal que incidió físicamente en la integridad corporal de la víctima, ha sido considerado patrimonial por repercutir sobre las posibilidades económicas del Sr. M., de las pericia médicas surge que afectó gravemente la movilidad del actor, y la de realizar las actividades productivas que efectuaba con anterioridad al siniestro. Lo que me lleva a concluir que ninguna pauta brinda para incluirla en el rubro daño moral, sino en el patrimonial.

Esta (lesión estética) puede causar menoscabo patrimonial o no, por haber ocasionado daño moral o no, o ambos o ninguno, y así lo ha reiterado tanto la

doctrina como la jurisprudencia en la hipótesis de decidir una indemnización por dicho daño, he de aclarar que no escapa que el juez *a quo* omitió decidir la cuestión cuando abordó el tema del resarcimiento por incapacidad sobreviniente, y rechazó como autónomo, que sin perjuicio de la elaboración intelectual del sentenciante de grado, considero que la lesión a ha sido tenida en cuenta al resarcir el daño patrimonial.

La desfiguración en la pierna y en el caminar ha tenido una disminución de actividades económicas genéricas y futuras para acceder o desarrollarlas, lo que se demostró en el caso y se decidió.

Por ello en cuanto a integrarlo dentro del daño patrimonial, lo excluyo totalmente en punto a la apreciación del resarcimiento por daño moral.

En cuanto al monto, acordado por daño moral, adelanto que estimo exiguo, porque las periciales médicas y psicológicas dan cuenta que hay una deformidad, que es un hombre joven y debe ser asistido por su pareja para movilizarse, sufrimiento que portará el resto de su vida.

Daño Moral:

Resulta evidente que el hecho lesivo de autos ha provocado en el actor considerables padecimientos espirituales, fundamentalmente angustia por no poder desarrollar sus actividades habituales y sociales, no poder brindar a su familia el cuidado y atención necesarios, dolores –algunos de los cuales subsisten *cf*. Pericias de fs. 242/272, fs. 413/416 el relato de los hechos, circunstancias de estar tendido en el suelo luego del siniestro, la lenta recuperación, si bien la internación en el nosocomio fue relativamente breve (4días), tuvo una inmovilización por un yeso por más de tres meses, se le efectuaron tratamientos kinesiológicos, padecimientos que el verse físicamente

disminuido, caminando con muletas y, en general, provocaron un cúmulo de sensaciones disvaliosas que han alterado negativamente su espíritu.

Sobre esta indemnización, la jurisprudencia sostiene que "para apreciar si el daño moral está probado, previamente hay que discernir si el acontecimiento que lo ha generado tiene la virtualidad para provocarlo, de acuerdo con el curso normal y habitual de las cosas, pues si el caso encuadra en tal situación, no existe necesidad de prueba, quedando suplida por la aplicación de máximas de experiencia del propio juez o por su calificación como 'hecho notorio'" (C.Civ. Com., Mar del Plata, Sala II, 12-08-03, El Derecho, 206-81) (Citado por Matilde Zavala de González, Doctrina Judicial – Solución de Casos, Tomo 7, Alveroni, ed., 2010, pág. 81). Señala en el mismo sentido Bustamante Alsina: "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto. No creo que el agravio moral deba ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser de auténtica expresión" (*cf.* Bustamante Alsina, J. "Equitativa evaluación del daño no mensurable", LL, 1.990-A-655. En este sentido, Rezzónico, J. nota a fallo, JA, 28.02.67, p. 1; Morello, A. "Indemnización del daño contractual", p. 207, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.967; Arazi, R. "Prueba del Daño Moral", p. 105, Revista de Derecho de Daños, N° VI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, entre muchos otros). Asimismo, destaca León: "La

prueba es imposible, pues estamos hablando de fenómenos de orden espiritual. Pero tampoco es necesaria. Es de aplicación a este problema el principio de las presunciones. La ley presume que el agravio se ha producido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador. Continuando con el pensamiento del jurisconsulto italiano Ferrini… si el demandante se presenta a reclamar la reparación del agravio que es susceptible de ser sufrido, en vista del hecho dañoso, por la generalidad, el agravio es reparable "(*cf*. León, P. "El agravio moral. Su indemnización en el Código Civil Argentino", p.36, Córdoba, 1926). Zavala de González enseña que en tal situación "…nadie sostiene que la prueba del daño moral debe versar sobre lágrimas vertidas, ni que se requiera un peritaje psicológico para acreditar la efectiva alteración espiritual del afectado. Es decir, por propia naturaleza de aquel, es especialmente idónea una evaluación presuncional: a partir de contextos fácticos que permitan inferirlo, acordes con patrones de regularidad y normalidad de la vida…" (*cf*. Zavala de González, M. "El proceso de daños y estrategias defensivas", p. 241, Juris, Rosario, 2.006).

Comparto plenamente tales consideraciones. En materia de daño moral no siempre es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio causado, pues la índole espiritual y la subjetividad del menoscabo suele ser insusceptibles de tal forma de acreditación y, en el caso de autos, no se requieren mayores pruebas para saber que las circunstancias vividas por el actor llevan a cualquier persona a sufrir alteraciones espirituales y afectivas que deben ser indemnizadas. Es que resulta claro que toda persona, a pesar del mayor o menor grado de sensibilidad que la pueda caracterizar, sufre daño

espiritual si sufre una lesión como la de los presentes autos.

Resulta evidente que debió padecer dolores, no solo por la lesión, sino por el posterior y prolongado tratamiento de recuperación, sumado a las incomodidades, molestias y dificultades para la autosuficiencia.

No debo olvidar la extrema dificultad que presenta el juzgador en la estimación de este rubro, pues tratándose de vivencias personales, no puede saberse con certeza cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, ni la repercusión en sus sentimientos que fueron consecuencia de dicho evento, pero en el supuesto de autos resulta claro que existió un daño de consideración.

Como señalé cuando inicié el tratamiento de los agravios por los rubros y monto resarcitorios, habiendo entrado en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual denomina al daño moral "consecuencias no patrimoniales", corresponde tomar en cuenta el nuevo parámetro para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales fijado en el art. 1741 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación vigente, el cual expresa: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

A todo lo dicho agrego que dicha norma resulta de aplicación a los presentes autos debido a que la cuantificación del daño debe efectuarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida o extensión. Es que, como bien ha señalado Jorge Galdós, "…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

nuevo Código. Así para el daño moral corresponde aplicar el art. 1741 "última parte"" (GALDÓS, Jorge Mario; "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", publicado en: LA LEY 16/11/2015, 3). Explica el autor que en la sentencia declarativa de responsabilidad, se efectúan dos operaciones o etapas: una, mediante la cual se determina el contenido del daño, que abarca lo relativo a la existencia, entidad y oscilaciones que haya podido tener o que previsiblemente pueda tener el daño, y otra, en la cual se determina el valor o cuantía del daño, es decir, se define su entidad económica o su significación pecuniaria, operación que se efectúa al momento de la sentencia de condena. - A nuestro modo de entender, la primera de estas operaciones se rige por la normativa vigente al momento en que se produjo el daño o el mismo se tornó previsible, mientras que la segunda, tal como lo afirma el autor, se rige por el derecho vigente al momento del dictado de la sentencia. Afirma Galdós que esto último se funda en varias razones: "En primer lugar porque no procede apartarse del principio general de que la medida del daño que no esté cristalizado en el momento de su producción (es decir el momento del incumplimiento de la obligación o de la violación del deber general de no dañar a otro, art. 1716 CCCN) corresponde que se determine, por regla, en la etapa en la que el juez lo liquida en la sentencia; es decir al momento de la sentencia liquidatoria (DE CUPIS Adriano, "EL Daño. Teoría general de la responsabilidad civil", ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 377), que es la oportunidad de estimación de los valores considerando las variaciones del daño (ZANNONI Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ed. Astrea, Bs. As., 2005, p. 306). (…) En suma: en materia de a valuación, cuantificación o determinación de la medida del daño, esto es de su *quantum*, siempre rige el Código

Civil y Comercial porque constituye el derecho vigente en el momento de dictarse la sentencia de condena (art. 7 CCyC)”.

En consecuencia, siendo que la cuantificación de este rubro se efectúa mediante la presente resolución, momento en el que se encuentra vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde su aplicación para la operación de cuantificación. Como segundo argumento, señala Galdós que, resulta aplicable el nuevo Código debido a que “…la obligación resarcitoria constituye una deuda de valor, categoría prevista en el art. 772 CCyC que dispone expresamente que "si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda ...". Sobre el tema en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en Octubre de 2015 se estableció que "Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños…”. Finalmente, agrega que “Además también puede sostenerse que la cuantificación del daño corresponde a una
"consecuencia" de la relación jurídica en la medida que no se haya consumado. En tal sentido afirma Zavala de González que "determinar el valor del daño es definir su entidad económica o significación pecuniaria a fin de precisar la medida justa en que debe ser indemnizado; y al indagar sobre su valor, nos traslada a la consecuencia jurídica; el resultado preparatorio" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2da., “Daños a las personas (integridad psicofísica)”, ed. Hammurabi - José Luis Depalma

A su vez, cabe señalar que, aun en caso de que se considerase que corresponde la aplicación del Código Civil derogado, de igual modo correspondería la aplicación del art. 1741 *in fine* del CCCN pues, siendo

que aquel ordenamiento carece de disposición alguna que establezca el modo en que debe cuantificarse el daño moral, la nueva normativa opera como doctrina interpretativa. El silencio normativo del Código Civil derogado respecto de esta cuestión, implica una inexistencia de conflicto normativo y una vigencia plena del Principio de Aplicación Inmediata del nuevo Código emanado del art. 7 del CCyCN. Este nuevo criterio para la cuantificación del daño moral, ha sido utilizado del siguiente modo por la jurisprudencia: "…atendiendo a la naturaleza del daño moral, que relativiza la función reparadora del dinero, única jurídicamente posible, necesariamente debemos ponderar la aptitud adquisitiva de un monto determinado, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (tesis de los "placeres compensatorios"), que conduce a otorgar una suma que según el prudente criterio del juzgador, resulte suficiente para causar a la víctima una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido. Así lo entiende la Dra. Matilde Zavala de González, quien sostiene que en tanto "no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo... que conduce a la indagación de los "bienes o servicios sustitutos del daño moral" con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido" ("Cuanto por daño moral" ya citado)" (C.Ap. CC y Cont.Adm. de 1° Nom. Río Cuarto, "Cruseño, M. Fernanda c. Abel Bonacci s/ daños y perjuicios", expte. 442977, 13/02/2012, publicado en La Ley Online, cita online: AR/JUR/1331/2012).

De este modo "Se busca en cambio dar al damnificado medios para paliar los efectos del dolor; dotarlo, en

fin, de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue la tristeza, como una suerte de precio sí, mas de "pretium consolationis" (…) Es que si "la delectación es un remedio para mitigar toda tristeza, cualquiera sea su procedencia" y tal delectación tiene por causa las actividades connaturales no impedidas (Santo Tomás de Aquino, "Suma teológica", I-II-38-1, ed. B.A.C. 1954, IV- 386 y 887), hemos de referirnos al precio de los bienes que permiten desarrollarlas" (Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, "G. D. A. y otra c. T. G. y otro", 18/3/2009, Publicado en La Ley Online, cita online: AR/JUR/ 4050/2009).

En los presentes autos, la existencia del daño moral surge *in re ipsa* a partir de la acreditación del hecho de haber padecido el actor las lesiones detalladas. Como placeres sustitutivos considero, la posibilidad de adquirir un auto 0 Km para disfrutar con su familia, o realizar un viaje junto con su pareja, tomo como referencia los valores publicados en www.toyota. com.ar, www.promocionesfiat.com.ar, en que un vehículo de pequeño porte puede adquirirse a partir de los $400.000, un viaje por Europa por 33 días, publicado en www.travelviajesargentina.com.ar se ofrece por diez mil quinientos euros.

Ante esto, estimo justo y equitativo elevar la suma solicitada, a un valor de pesos cuatrocientos mil ($400.000) con más un interés del 12% anual hasta quedar firme la sentencia de esta alzada y a partir de ese momento corresponde aplicar la tasa activa dispuesta por el juez *a quo* hasta su efectivo pago.

IV. La demandada se queja por la reparación condenada por los gastos por tratamientos médicos y rehabilitación. Dicen las recurrentes que se estableció sin acreditación alguna.

Comparto lo dicho por la primera votante toda vez que ha sido mi criterio y de este cuerpo que integro. Pero he de señalar que quedó acreditado que el Sr. M. necesita atención médica de rehabilitación para sobrellevar su incapacidad, e incluso mejorar una intervención quirúrgica que le mejoraría la situación (fs. 246, fs. 415/416), que el mismo en su demanda cuantificó sujeto a la prueba a producirse; he de admitir el recurso y el argumento en contra de lo decidido, por cuanto el incremento dispuesto por el sentenciante de grado carece de sustento fáctico, por lo cual lo reduzco a lo reclamado $35.000.

Cuando se trata de los gastos futuros, que son los que al momento de la sentencia aún no han sido pagados, el actor civil tiene el derecho a reclamarlos a quien se encuentre obligado al pago, correspondiendo en todo caso a los demandados probar que esas erogaciones no se producirían lo que no ocurrió en la especie.

V. Las costas de ambas instancias las impongo a las demandadas vencidas conforme el principio general de la derrota y que el éxito parcial obtenido por las demandadas no resulta relevante para alterar tal cuestión (art. 69 y art. 282 CPr).

V. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

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

1) Rechazar parcialmente los agravios de la parte actora y demandada. Modificar la sentencia venida en crisis únicamente en dos puntos, a saber, en la condena por el rubro daño moral que se eleva a $400.000 con los intereses dispuestos conforme el considerando respectivo y establecer por gastos futuros la suma de $35.000.

2) Costas de la alzada, a la parte demandada vencida, diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo de la disidencia existente en los votos que me preceden respecto del agravio que expresara la parte actora en el marco del recurso de apelación interpuesto ante esta Alzada, vinculado a lo resuelto en la sentencia de grado sobre el quantum de la reparación del daño moral reclamado.

En tal contexto, el señor juez de grado estimó procedente reconocer por la partida en cuestión la suma de pesos doscientos noventa y cinco mil ($295.000) con más sus correspondientes intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago, lo que provocó la queja del accionante quien apeló el monto antedicho por considerarlo insuficiente.

En la solución, y sin perjuicio de la coincidencia de mis distinguidas colegas preopinantes en el resto de los agravios planteados por las partes, existe discordia como adelanté, sobre el cuestionamiento del actor respecto de lo decidido en torno al monto otorgado en el decisorio venido en impugnación en concepto de indemnización por daño moral; ello puesto que la Dra. Zanatta propició su confirmación, mientras que la segunda votante Dra. García Blanco, optó por elevar el monto de capital y modificar en consecuencia la tasa de interés fijada en la instancia de grado.

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, en el caso particular me expediré exclusivamente sobre el punto al que hiciera mención más arriba, vinculado al monto del rubro daño moral.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf*. SD N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. ed. Astrea).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la reciente 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 el daño que aquí es reclamado, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos 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).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio iura novit curia, los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21;

CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212-107).

Diré, asimismo, que atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen las expresiones del apelante, y que es desarrollado en el voto de mis colegas, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo sólo dilatarían la extensión de mi juzgamiento, ello con excepción de las citas puntuales que entiendo correspondan en cada caso.

Así, advierto conclaridad que la queja se asienta en que el actor apelante considera bajo el monto otorgado por el sentenciante de grado en concepto de indemnización por daño moral. Ahora bien, de la detenida lectura del agravio puede colegirse sin hesitación que a su juicio no ha sido ponderado por el señor juez de grado el denominado "daño estético" (ver punto 2. fs. 508vta. y ss.), y de allí la consecuente insuficiencia del monto de condena por la partida.

Al respecto, bien cabe recordar que se ha dicho 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, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico.

Resalto, en esa senda, que coincido con las enseñanzas de mi querido maestro y amigo Alberto Bueres, quien desde hace tiempo viene sosteniendo que el Código

Civil de V. Sarsfield contemplaba dos categorías de daño: el daño patrimonial y el daño moral. Al primero se refieren 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.

Si bien es cierto que algunos autores aislados han postulado la independencia de ciertos daños, como el estético, considerándolo un *tertium genus*, vale decir una tercera categoría autónoma del daño material y el daño moral, no cabe duda, ya que tal corriente de pensamiento ha perdido fuerza en virtud de los sólidos argumentos sustentados por autorizada doctrina en la materia. Idéntico razonamiento resulta válido, por ejemplo, para la pretendida autonomía del daño psicológico o la psique.

Es que, desde un punto de vista estrictamente ontológico, vale la pena transcribir la lúcida

observación de Zavala de González cuando sostiene 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, ob. cit., pág. 73). Y esto último es lo indemnizable.

En efecto, comparto el pensamiento de 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. (Highton, Elena "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, Rubinzal Culzoni, pág. 62 y sig.).

Que es lo que estoy queriendo decir. Acaso el daño estético o el daño psicológico no son indemnizables? Claro que sí, pero no configuran un elemento autónomo con relación al daño patrimonial y al daño moral, desde que en función de la actividad desarrollada por la víctima puede traducirse ya sea en el primero, por frustración de los beneficios económicos esperados, ya en el segundo, por los sufrimientos espirituales que pueda provocar.

Entonces, al promoverse la acción por daños y perjuicios, nada obsta a que tales rubros puedan ser valorados – en el caso particular el daño estético -, más en resumen integrarán las indemnizaciones que en

definitiva sean concedidas en el decisorio en concepto de daño material o moral.

El señor juez ha hecho lugar a la demanda, y entiendo en consecuencia que, sin perjuicio de valorar el daño sufrido dentro las órbitas patrimoniales y extrapatrimoniales, ha concluido correctamente rechazando los rubros reclamados en forma autónoma, decisión que por lo que he expuesto hasta aquí considero correcta, razón bastante por la que habré de rechazar el agravio sobre el particular.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:
Por lo expuesto, así voto:

Por coincidir con lo resuelto por la Dra. M. Fernanda Zanatta, adhiero al rechazo del agravio vinculado al daño moral, y la confirmación de lo decidido en la sentencia de grado sobre el particular.

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) Declarar desierto el recurso interpuesto a fs. 372 por las codemandadas y concedido a fs. 374.

2) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora a fs. 482.

3) Admitir parcialmente el recurso interpuesto a fs. 476 por las codemandadas y revocar la sentencia de primera instancia de fs. 469/474 exclusivamente respecto del rubro gastos de rehabilitación, el que se fija en la suma de treinta y cinco mil pesos ($35.000).

4) Costas de ambas instancias a las demandadas vencidas.

5) Confirmar la regulación de honorarios de primera instancia.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a las Dras. N. T. P. y V. G. B., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. M. D. V. y M. L. B.,

conjuntamente, en el veintiséis por ciento (26%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria
de Cámara