----En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil veinte, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia I. Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“H., S. D. c/ G. M., L. R. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 548 - Año 2018 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 292. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:----------

-- I. A fs. 257/267 la Jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por S. D. H. contra L. R. G. M., condenando al demandado a abonar al actor la suma de $249.280,53 con más los intereses allí determinados. Asimismo, extendió la condena a la citada en garantía “L. S. C. d. S. L.” en los términos del art. 118 de la Ley de seguros.. Finalmente, impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.----------

---- II. A fs. 269 el letrado apoderado del demandado y la citada en garantía interpuso recurso de apelación, presentando su expresión de agravios a fs. 287/289vta. Corrido el correspondiente traslado a fs. 290, el mismo no fue respondido por la parte contraria.-

---- Como fundamento de su apelación expresa dos agravios: (i) en primer lugar señala que la sentencia es incongruente por cuanto la jueza sustituyó la pretensión de “incapacidad sobreviniente” por el rubro “pérdida de chance”, violando de este modo el derecho de defensa en juicio de sus representados. Efectúa algunas consideraciones referidas a la diferencia entre tales rubros, así como también respecto a la máxima *iura novit curia* y el principio de congruencia para poner de resalto que se produjo una clara indefensión de su parte y una notable ventaja para el actor; (ii) en segundo lugar, expone que al no haber recurrido el actor el rechazo del rubro incapacidad sobreviniente, no es posible avocarse a su tratamiento en esta instancia por el límite que impone el recurso de apelación. Sin perjuicio de ello, en subsidio, se agravia por la errónea aplicación de la fórmula matemática que efectúa la juzgadora de grado, lo que —entiende— conlleva un enriquecimiento incausado del demandante. Efectúa la comparación del cálculo de la indemnización que le correspondería al demandante tomando en cuenta el monto del salario mensual denunciado por el actor al momento del hecho dañoso ($2.300), y el considerado por la sentenciante por aplicación del criterio del salario mínimo, vital y móvil ($3.600), para poner de resalto que la magistrada elevó el monto indemnizatorio al triple de lo que le correspondía al actor. Indica que consiente la aplicación del criterio del salario mínimo, vital y móvil. Por último, expone que cualquiera sea la calificación que se otorgue al rubro cuestionado, la conclusión de la sentenciante es errónea por

arribar a un monto que no se condice con la incapacidad demostrada en autos.----------

--- III. La juzgadora de grado indicó, en lo que aquí interesa, que las lesiones que sufrió el actor quedaron acreditadas con la pericia médica de fs. 178/179vta. que determinó una incapacidad de carácter parcial y permanente del 9,15% señalando que no existían elementos para apartarse de dicho dictamen. Expresó que tal pericia le permitió concluir la existencia de las lesiones físicas padecidas por el actor y su relación de causalidad con el accidente que se ventila en autos.----------

---

--- Seguidamente, con cita de doctrina, expuso que no es válida la diferenciación entre “lucro cesante” e “incapacidad” y que la prueba de las lesiones a la integridad física por sí sola no permite concluir en la producción de un lucro cesante ya que su demostración debe poner de relieve el daño mismo (las ganancias frustradas) y no solo la situación lesiva que constituye su génesis. Añadió que la sola existencia de lesiones no constituye un daño económico ni autoriza a presumirlo como configurado por lo que resultaba menester acreditar no solo la aptitud productiva sino su efectivo despliegue con anterioridad al hecho y que la suspensión a raíz de las lesiones fue el germen eficiente de la pérdida de ingresos. Indicó que nada de eso se alegó en demanda ni fue probado y que estando establecido que el resarcimiento por incapacidad parte no solo de la situación de la víctima inmediatamente precedente sino también del valor potencial de su actividad futura, se suscitaba el interrogante de si ese último aspecto es resarcible como daño cierto y a título de lucro cesante, o bien únicamente como frustración de una chance.----------

-

--- Luego de efectuar algunas consideraciones relativas a la “pérdida de chance”, señaló que en el caso bajo análisis la falta de demostración de actividad productiva o rentada que haya sido interrumpida como consecuencia del accidente, o de las pérdidas generadas como consecuencia del mismo, impedían la admisión del rubro "incapacidad/lucro cesante” tal como fue solicitado, pero el carácter de las lesiones sufridas y su prolongación en el tiempo permitía inferir que las mismas incidirían negativamente en los ingresos futuros de la víctima, esto es, generarían una "pérdida de chance" que debe ser indemnizada. En consecuencia, indicó que por el principio *iura novit curia* correspondía encuadrar el reclamo efectuado por el actor como la pérdida de una oportunidad de ganancias por la invalidez sobreviniente. Señaló que respecto de los componentes de la fórmula para calcular la indemnización en el caso concreto, debía referirse en primer término a la pérdida económica que se tomaría en cuenta. En tal sentido expuso que en los casos como el presente, en el que se indemniza una chance económica, al no existir un ingreso fijo por cuanto el actor hizo referencia a un ingreso mensual pero acompañó fotocopias simples sin valor probatorio, tomaría en cuenta el salario mínimo, vital y móvil como parámetro más o menos objetivo. Seguidamente, efectuó el cálculo de la indemnización correspondiente, la que estimó en la suma de

$190.680,53 por la que hizo lugar al reclamo patrimonial.----------

--- IV.- En tal contexto, se observa que asiste razón al apelante en su primer agravio al indicar que la sentencia es incongruente. En efecto, la magistrada hizo lugar al reclamo efectuado por el actor en demanda bajo la denominación “incapacidad sobreviniente” pero sustituyéndolo por el rubro “pérdida de chance” y justificando su decisión en la

aplicación del principio *iura novit curia*.----------

--- Vale recordar que el art. 165, inc. 6, del CPCC consagra el principio de congruencia al exigir que el pronunciamiento se dicte de conformidad con las pretensiones deducidas en demanda. El mismo alude a la necesaria correspondencia entre lo reclamado y lo decidido. La rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan la pretensión y la oposición está íntimamente relacionada con la garantía constitucional de defensa en juicio. Es que quedaría relativizado o conculcado el derecho de las partes de ejercitar su defensa si el pronunciamiento definitivo se expidiera sobre aspectos que no pudieron aquéllas considerar (Highton, Elena I. –Arean, Beatriz A., dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2005,

T. 3, pág. 472).----------

--- Bajo tales premisas, es posible afirmar que la juzgadora violó el principio de congruencia que debe regir en toda decisión adoptada en el marco del dictado de una sentencia definitiva. La magistrada de grado entendió que no se encontraban acreditados los extremos para acoger el rubro solicitado en demanda por el actor (incapacidad sobreviniente) y, en consecuencia, decidió encuadrar la pretensión bajo otro rubro diferente al solicitado (pérdida de chance), respecto del cual, nada fue esgrimido por las partes en el transcurso del proceso y, como consecuencia lógica, no fue posible generar prueba al respecto. Es decir, por un lado, la sentencia excedió los límites que el actor pretendió establecer respecto de su derecho subjetivo, su medida y la amplitud de su ejercicio y, por el otro, vulneró el derecho de defensa en juicio de la parte contraria.----------

--- En consecuencia, corresponderá hacer lugar al presente agravio para dejar sin efecto el acogimiento del rubro “pérdida de chance” efectuado en la sentencia de grado. --- V. Sin perjuicio de lo antes expuesto, corresponde analizar la procedencia del rubro

“incapacidad física sobreviniente” efectivamente pedido en demanda por el actor (ver. fs. 46vta./47). En efecto, resultando apelable la decisión solamente por la parte que resulta vencida y sufre un gravamen o perjuicio como consecuencia de ella, aquellas defensas o argumentos planteados oportuna y debidamente por el vencedor en primer instancia y que fueron rechazados o no considerados por el juez —y de lo que no podía apelar por resultar vencedor en el litigio—, quedan, mediante el recurso concedido al vencido, implícitamente sometidas al conocimiento del tribunal de alzada, aun cuando tales defensas o argumentos no hayan sido reiterados por el vencedor en oportunidad

de contestar la expresión de agravios; y si la Cámara revoca la decisión de primera instancia no debe devolver la causa al *a quo* para que se pronuncie sobre las otras defensas o argumentos no analizados por este último en su sentencia, sino que el tribunal de alzada debe resolver directamente todos los temas que integran la relación procesal, sin que con ese proceder se vulnere la defensa en juicio, ni el principio de igualdad, ni el régimen de la doble instancia (Loutayf Ranea, Roberto G., 2009. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, vol. 1, págs. 88/89).---------- ---Bajo tales premisas, se observa que en el punto IV. 2 del escrito de demanda obrante a fs. 44/50 el actor solicitó el reconocimiento del rubro "incapacidad física sobreviniente" afirmando que el accidente de autos le causó una real incapacidad en sus aptitudes psicofísicas que calculó en el 21,5%. Agregó que desde la fecha del siniestro se ha visto frustrado el pleno desarrollo de su vida, disminuyéndose su capacidad en el aspecto laboral como asimismo en el social. Indicó que la indemnización debía fijarse teniendo en cuenta no solo la disminución física o psíquica que afecta su capacidad productiva sino también las demás circunstancias personales que hacen al éxito y la inserción de la vida en relación. Finalmente, calculó la indemnización por el rubro en cuestión en la suma de $262.457,79 para lo cual consideró la edad que tenía a la fecha del accidente y un ingreso mensual de $2.300 que denunció como proveniente de su actividad laboral en la empresa S. S.R.L.---------- ---- Señala Zavala de González que la incapacidad sobreviniente es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. En tal sentido, la incapacidad *stricto sensu* o 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. Por otra parte, la posible inhabilidad de ésta hasta el alta es encuadrada por la jurisprudencia como "lucro cesante", en relación a las ganancias frustradas durante ese período.---------- ----Aclara la autora que si bien el daño económico conexo a la ulterior incapacidad sobreviniente puede consistir también en un lucro cesante, hay ciertas diferencias prácticas entre ambos estadios. De tal modo, continúa diciendo que la afectación de la integridad física o síquica 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 (Zavala de González, Matilde, 1996. *Resarcimiento de Daños,* T. 2 – Daños a las personas. Buenos Aires: Hammurabi, págs. 343/344).----------

---- En cuanto a la procedencia de este rubro, no soslayo la consideración efectuada por la magistrada de grado a fin de fundar la desestimación del rubro solicitado en el sentido de que no se encuentra probada la actividad productiva rentada que se haya visto interrumpida como consecuencia del accidente o de las pérdidas generadas a raíz del mismo. Pues es cierto que el actor no acompañó prueba conducente para sustentar su

reclamo ni probó adecuadamente la situación ocupacional que denunció en el libelo de inicio ya que solamente acompañó copias simples de recibos de haberes para acreditar los supuestos ingresos que obtenía de su trabajo en la empresa “S. SRL”. Sin embargo, aun cuando se considere que el actor no contaba con una actividad remunerada al momento del siniestro en virtud de la falencia probatoria indicada, se ha sostenido que el hecho de que la persona estuviese ocasionalmente sin ocupación tampoco excluye que llegase a tenerla más adelante, máxime si se trata de una persona joven, sana y con alguna capacitación y su invalidez resulta prolongada o permanente (Zavala de González, Matilde, op. cit., pág. 417). En este sentido se ha resuelto que toda disminución de la integridad física humana es materia de obligado resarcimiento, aunque la víctima no tuviera profesión u ocupación remunerada (CNCiv., Sala B, 13/7/74, *JA*, 23-1974-334).----------

--- Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al rubro “incapacidad física sobreviniente” peticionado por el actor en su demanda.----------

--- VI.- Sentado lo anterior corresponde efectuar el cálculo de la indemnización correspondiente teniendo en cuanta para cuantificar este rubro indemnizatorio (art. 1086 CC) el porcentaje de discapacidad del 9,15% de T.O. determinado mediante la pericia médica de fs. 178/179vta.----------

--- A fin de determinar el monto por el cual prospera este rubro, recurriré a la fórmula de matemática financiera corrientemente utilizada por esta alzada, tomando en consideración (por haber sido expresamente consentido por la recurrente a fs. 289, segundo párrafo, *in fine*), el salario mínimo vital y móvil de la fecha del accidente ($3.600 según Resolución N° 4/13 del CNEPYSMVYM) y demás parámetros usualmente considerados. Asimismo, cabe considerar la expectativa de vida tomada en el fallo en crisis (72 años) por ser la que surge de los datos oficiales del INDEC publicados en su página web.----------

--- En cuanto al empleo de una fórmula de matemática financiera para la determinación del resarcimiento desde hace ya muchos años, la Sala que integro ha resuelto aplicarla (ver, entre otros, SDL 92/91, 35/94, 19/95; SDC 39/95, 25/98, 13/99, SDC 10/13. SDC 3/14, SDC 6/15, SDC 2/16). La fórmula en cuestión resulta idónea para cuantificar los perjuicios generados por la cesación total o parcial de una actividad productiva o la supresión o reducción de los ingresos. Por otra parte, y si bien en la órbita civil las facultades judiciales son amplias, la CSJN ha remarcado la necesidad de precisar en la sentencia el modo de aplicación de las pautas utilizadas, sin que baste una mera enunciación genérica de ellas (Fallos 302:195 y 1033; 304: 575; 305:593, entre otros). En este marco, entiendo entonces que la reparación debe estar dada por un capital que colocado a interés según tasa compatible con una moneda de valor constante, permita retiros periódicos equivalentes a los ingresos perdidos, retiros éstos que, al estar integrados por los intereses producidos y, asimismo, por porciones de capital, irán amortizando este último hasta agotarlo al fin del lapso computado. Para efectuar el

cálculo el procedimiento más racional es el suministrado por la fórmula actuarial que desarrollaran los matemáticos Moore y Bernasconi, expuesta por diversos doctrinarios (confr.: Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, EDIAR 1973, II-B-177 y sgts.; Hünicken, en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dirigido por Vázquez Vialard, Astrea 1983, IV-437 y sgts., voto del Dr. Velázquez en SDC 2/2016). Por otra parte, cabe destacar que este procedimiento para la valuación del daño fue consagrado legislativamente en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, pauta hermenéutica de la voluntad actualizada del legislador que no puede ser hoy desconocida.----------

- --- La fórmula mencionada, aplicando los parámetros antes detallados, arroja el siguiente resultado: C = a . [1-1/(1+i)n] . 1/i ; donde “C” es el capital a determinar, “a” el retiro periódico a realizar, “i” la tasa de interés propia de una moneda estable y “n” el número de períodos computables. El primer elemento a considerar entonces son las sumas que el actor tiene la esperanza de recibir —que se deben corresponder con los futuros retiros—, para lo cual consideraré, como dije, el SMVM correspondiente al mes del accidente, en la porción perdida a consecuencia de la minusvalía, representada por el grado de incapacidad concluido ($329,40, multiplicado por 13 a fin de establecer el monto anualizado: $4282,20, que será el valor “a” de la fórmula).----------

--- El valor “n” de la fórmula corresponde al número de períodos anuales computables. En este caso, como señalé anteriormente, corresponde computar la edad de 72 años como fuera señalado por la sentenciante y que resulta coincidente con diversos precedentes de esta Sala. Así, corresponde estimar la esperanza de vida en la Provincia del Chubut revelada por los periódicos censos realizados por el I.N.D.E.C. (http://indec.mecon.ar, enlace “Población, esperanza de vida por jurisdicción y sexo”) (esta Sala, SDC 4/08, SDC 19/09, SDC 15/11, entre otras). De este modo, el valor “n” de la fórmula, teniendo en consideración que al momento del accidente el actor contaba con 33 años de edad, es 39.----------

-- Por último, la variable “i” es el 6% anual, porcentaje aceptado desde antiguo por nuestro Superior Tribunal de Justicia como tasa “pura” de interés, propia de una moneda estable (S.D. 7/91).----------

- ---- Por lo expuesto, reemplazando por valores los conocidos símbolos algebraicos de la fórmula para el cálculo de la indemnización tendremos: C = $4.282,20. [1- 1/(1+0,06) 39].1/0,06=$64.014,93.----------

--- Por los motivos dados, corresponde hacer lugar al rubro “incapacidad física sobreviniente” solicitada por el actor por la suma de pesos sesenta y cuatro mil catorce con noventa y tres centavos ($64.014,93).----------

-- VII.- Conclusión: Propongo al acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de dejar sin efecto el reconocimiento del rubro “pérdida de chance” y, en su lugar, hacer lugar al rubro “incapacidad física sobreviniente” solicitada por el actor, por la suma de

$64.014,93 con más los intereses indicados en la sentencia de grado.----------

--- ---En virtud de lo antes resuelto, y teniendo en consideración los rubros y sus montos que arribaron firmes a esta alzada (daño moral: $50.000; daños materiales: $8.000; privación de uso del vehículo: $600), el monto total de condena se establece en la suma de $122.614,93.----------

-- --- Las costas de alzada, dado el modo en que se resuelve el presente recurso y teniendo en consideración que se revoca y modifica una decisión tomada de oficio por la sentencia de grado, apartándose de lo pedido por las partes, serán impuestas en el orden causado (art. 69 CPCC).----------

--- En cuanto a los honorarios generados en esta instancia, teniendo en consideración la calidad y resultado de las tareas cumplidas, estimo adecuado regular los correspondientes al Dr. R. L., letrado apoderado del demandado y la citada en garantía, en el 5,04% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII Nº4). --- Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión por la PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:----------

---I.- Atendiendo a la claridad de la reseña efectuada por la Magistrada preopinante, tanto de la sentencia de origen (fs. 257/267) como de los agravios expuestos por los accionados (fs. 287/289vta.), me remito a la misma en honor a la ansiada brevedad que debe procurase en los pronunciamientos judiciales, adentrándome directamente al tratamiento del recurso.----------

- ---II. Con respecto al primer agravio expuesto por los recurrentes referido a que el fallo recurrido es incongruente y viola el derecho de defensa en juicio al sustituir la pretensión actoral de “incapacidad sobreviniente” por el rubro “pérdida de chance”, acuerdo con la conclusión expuesta por mi colega de Sala.----------

- -- En tal sentido, considero que asiste razón a los recurrentes. Ello así, pues la sentenciante reemplazó el rubro “incapacidad sobreviniente” reclamado en la demanda (ver fs. 46vta./47) por el de “pérdida de chance” (ver sentencia, fs. 262, anteúltimo párrafo), bajo los fundamentos de aplicar el principio *iura novit curia*.----------

-- ---En efecto, a pesar de encontrarse acreditada la incapacidad parcial y permanente del actor por el 9,15% de la T.O. conforme surge de la pericia médica, sostuvo la jueza de grado: *“la falta de demostración de actividad productiva o rentada que haya sido vista interrumpida como consecuencia del accidente, o de las pérdidas generadas como consecuencia del mismo, impiden la admisión del rubro "incapacidad"/”lucro cesante” tal como fue solicitado (hace referencia a que percibe como ingreso mensual $2.300, más acompañó fotocopias simples sin valor probatorio), pero sí el carácter de las lesiones sufridas y su prolongación en el tiempo permite inferir que las mismas incidirán negativamente en los ingresos futuros de la víctima, esto es, generarán una "pérdida de chance" que debe ser indemnizada. Ergo, por aplicación del principio iura novit curia,*

el reclamo formulado con base en la incapacidad sobreviniente por el evento dañoso, la he de encuadrar como la pérdida de una oportunidad de ganancias por la invalidez

sobreviniente" (sic).----------

-- Se entiende por congruencia a 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 ese objeto. Así, la observancia del principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. En primer lugar, por lo tanto, la sentencia sólo puede contener pronunciamiento con respecto a quienes hayan revestido en el proceso la calidad de partes, aun en el caso de que alguna de ellas, por incomparecencia o abandono, haya sido declarada en rebeldía. En lo que concierne al objeto, el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. En lo que respecta, por último, a la causa, el fallo debe adecuarse, para no incurrir en incongruencia, a la concreta situación de hecho invocada por ambas partes a fin de delimitar los términos de su pretensión u oposición. De allí que adolecería de aquel vicio, por ejemplo, la sentencia que ordenara entregar al actor una cosa a título de dueño, no obstante haberla aquél reclamado a título de locador; la que hiciera lugar a una pretensión con fundamento en causales normativas ajenas a la conducta imputada por el actor al demandado; la que acogiera una oposición haciendo mérito de circunstancias de hecho extrañas a las invocadas por quien la interpuso (conf. Lino, Enrique Palacio, "Derecho Procesal Civil" actualizada por Carlos Enrique Camps, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, T. III, p. 2260/2264).----------

----- En tal contexto, se observa que el fallo recurrido adolece de incongruencia. Es que, a pesar de que la magistrada expuso que el reclamo del actor debía prosperar por la "pérdida de chance" por entender que no se había demostrado la interrupción de la actividad productiva del actor ni la generación de pérdidas pero si el carácter de las lesiones sufridas y su prolongación en el tiempo que incidirían negativamente en los ingresos futuros de la víctima, lo cierto es que tal rubro no fue solicitado en demanda y, como consecuencia de ello, no fue posible para la parte contraria rebatir tal planteo ni existió la posibilidad de producir prueba al respecto para ninguna de las partes.----------

--- De tal modo, acierta la recurrente al señalar que se encuentra vulnerado su derecho de defensa en juicio, ya que en el pronunciamiento recurrido se trastocó el objeto de la pretensión. En tal sentido, se ha dicho que la concordancia entre la sentencia y las pretensiones y defensas oportunamente deducidas por las partes es un principio general normativo que delimita las facultades resolutivas del juez y se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, que exige que el demandado en cualquier clase de

proceso conozca las pretensiones que contra él se formulan, de modo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho (CNCiv., Sala E, 27/11/96, LL, 1997-B-787).----------

--- Es así que no puede resultar una justificación válida a tal violación la invocación de la máxima *iura novit curia* efectuada por la juzgadora de grado. Pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la "causa petendi", según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la "causa petendi". Sin embargo, la máxima "iura novit curia" no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. La habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica (conf. Meroi,
Andrea A.: "Iura Novit Curia" y Garantías Procesales" en www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp). Entonces, si bien no es objetable el cambio en la fundamentación de la sentencia de la apoyatura normativa invocada por el pretensor, pues tal mutación constituye el efecto de un cometido atribuido al órgano decisor por el art. 165, inc. 6, del Cód Procesal, el suministro del derecho aplicable para calificar la pretensión, tal mutación, no debe ser efectuada por el juzgador cuando ella importa cambiar los elementos materiales de procedencia de la pretensión, pues implicaría sustituir los extremos fácticos de la demanda (conf. CNCom., Sala B, 17/6/94, *JA*, 1995-IV, síntesis).----------

--- En un caso de características análogas al presente, en el cual la sentencia recurrida había otorgado indemnización por un rubro no incluido en el reclamo inicial del actor (incapacidad sobreviniente), sustituyéndolo por otros rubros como pérdida de chance y lucro cesante, la Corte Suprema de Justica de la Nación se expidió diciendo que ello implicaba un menoscabo del derecho de propiedad y el de defensa en juicio (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional). (causa: "Alvarez Mittleman, David y otra c/ Perella, Norberto Pedro y otro", del 7/12/01; Fallos 324: 4114).----------

--- En el dictamen emitido en la causa citada, el Procurador General ante la Corte,

explicó: “Por otra parte, cabe señalar que resulta manifiesto que dicho rubro no pudo asimilarse, suplirse, ni compensarse como lo hace, el a quo, con los rubros lucro cesante y pérdida de chance, desde que, como lo manifiesta el apelante, su causa fuente, así como los alcances pecuniarios a determinar en los distintos casos son esencialmente

diversos..”. ----------

---Pues bien, tales conclusiones resultan enteramente aplicables para resolver esta causa. Por lo dicho, coincido con la colega que me precede en la votación en que corresponde acoger este primer agravio y, en consecuencia, dejar sin efecto la admisión del rubro “pérdida de chance” dispuesto en el fallo en crisis.----------

--- III.- Como corolario de lo dispuesto anteriormente, se impone reingresar en el análisis del rubro “incapacidad física sobreviniente” reclamado por el actor en la demanda, en virtud del principio de la apelación implícita explicado en el voto que antecede por la Dra. Spoturno.----------

--- A tal efecto, a fs. 46vta./47 del libelo de inicio el accionante señaló que como consecuencia del siniestro sufrió lesiones de gran consideración que en el examen físico determinaron “marcha levemente disbasica con apoyo del peso en miembro inferior izquierdo, imposibilidad de mantener el peso corporal en la extremidad afectada, imposibilidad de arrodillarse, dolor a la palpación en cara lateral externa e interna del tobillo en las zonas maleolares” (sic). Expuso que la incapacidad producida por las lesiones es de un total del 21,5%, que frustran el pleno desarrollo de su vida y disminuyen su capacidad tanto en el aspecto laboral como social. Sostuvo que, teniendo en consideración el porcentaje de incapacidad, su edad a la fecha del accidente y su ingreso mensual de $2.300 proveniente de su actividad laboral en la empresa S. S.R.L., el monto de la indemnización que le correspondía por el rubro era de $262.457,79.------

--- Sobre el particular, se ha señalado que la incapacidad sobreviniente está constituida por las consecuencias que el daño acarreó en la persona de la víctima, y que traigan aparejadas secuelas en su físico o psiquis, que, conforme las probanzas rendidas en autos, puedan tener una implicancia hacia el futuro, ello por afectar no sólo la capacidad productiva de bienes del damnificado, sino todos los aspectos de su vida. Vida laboral, vida de relación, vida familiar, vida social, etc. Es decir, son varias las pautas que han de tomarse en cuenta para su estimación y cuantificación, no sólo la implicancia del daño en la órbita laboral del peticionante (conf. Marconi, Horacio Mario “Cálculo, accidentes de tránsito: reclamos, calificación, cuantificación del daño”, Gowa Ediciones Profesionales, Buenos Aires, 2007, p. 248/249).----------
-

---Así también lo tiene dicho la Corte Suprema: “En el universo de prejuicios que integran la incapacidad sobreviniente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo, ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella” . (“Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente”, del

voto del Dr. R. L. Lorenzetti, 10/08/2017, Fallos: 340:1038).------ Así es que, si bien la magistrada de grado no acogió el rubro tal como fue solicitado en demanda por cuanto no encontró acreditada la "*actividad productiva o rentada que haya sido vista interrumpida como consecuencia del accidente, o de las pérdidas generadas como consecuencia del mismo"* (sic), lo cierto es que el perito médico concluyó a fs. 179 vta. que "el actor presenta como consecuencia del accidente sufrido, una incapacidad parcial y permanente del 9,15% de la T.O".----------

--- Dicha pericia médica que no fue impugnada por las partes y respecto de la cual la sentenciante señaló que no existían elementos para apartarse, otorgándole la fuerza probatoria del art. 481 del CPCC, resulta el elemento probatorio categórico a considerar a los fines del acogimiento del rubro en cuestión.----------

- --- Ello es así, a pesar de que concuerdo con la acertada afirmación de la Jueza *a* quo referida a la falta de acreditación de actividad laboral o generadora de ingreso por parte del actor, ya que el accionante acompañó únicamente copias simples de los recibos de haberes.----------

- --- Sin embargo, como señalé anteriormente*,* la pretensión se sustenta en la disminución del potencial humano, de allí que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe ser fijada no sólo en función del aspecto laborativo, sino de todas las actividades del sujeto, dicho de otro modo, deben resarcirse todas las disminuciones que se sufren a consecuencia del evento y que impiden desarrollar normalmente todas las potencialidades, así como paliar, también de algún modo, las expectativas frustradas de progreso (conf. Marconi, Horacio Mario Ob. cit., p. 251).----------

----- --- En tal contexto, no asiste razón a la sentenciante respecto a la necesidad de demostración del detrimento económico causado al actor como consecuencia del siniestro por cuanto comparto el criterio que sostiene que el daño no se mide por la incapacidad que tiene la víctima para realizar determinado trabajo, sino por sus posibilidades genéricas, de donde se sigue que resulta intrascendente la falta de prueba sobre la labor desempeñada por aquélla (CNCiv., Sala C, 19/3/68, LL, 133-850).---------

-- Por lo tanto, corresponde el acogimiento del rubro "incapacidad física sobreviniente" solicitado en demanda.----------

--- IV.- En lo que respecta al "quantum" del rubro en cuestión, he de coincidir con la colega preopinante en que debe prosperar por la suma de pesos sesenta y cuatro mil catorce con noventa y tres centavos ($64.014,93), resultante del cálculo efectuado en el voto anterior conforme a la fórmula de matemática financiera utilizada desde hace años por ambas Salas de esta Cámara de Apelaciones, denominada Moore y Bernasconi; destacando que el porcentaje de incapacidad aplicado por la jueza de grado del 9,15% T.O. llegó firme a esta instancia, así como también que se tomó en cuenta el salario

mínimo, vital y móvil correspondiente al mes del accidente ($3.600) –considerado en la sentencia de grado y consentido por la recurrente a fs. 289, 2do. párrafo–; la edad del actor a la fecha del evento dañoso (33 años) con relación a la expectativa de vida publicada conforme datos oficiales del INDEC (72 años) y un interés puro del 6%.----------V. Por todo lo expuesto, acuerdo con la doctora Spoturno en que corresponde revocar parcialmente la sentencia de grado para dejar sin efecto el reconocimiento del rubro “pérdida de chance” y sustituirlo por el acogimiento del rubro “incapacidad física sobreviniente”, pretendido por el actor, por la suma de $64.014,93 con más los intereses fijados en la sentencia recurrida.----------

--- En cuanto a las costas y honorarios de esta instancia coincido con la propuesta efectuada por la colega prevotante (conf. art. 69 del CPCC y arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII- N° 4).----------

-

--- Me expido aquí entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA S. CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó:----------

---- Visto el acuerdo alcanzado corresponde:---------- ----------

-

--- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada estableciendo el monto total de condena en la suma de $122.614,93 con más los intereses fijados en la sentencia de grado.----------

-- B) IMPONER las costas de alzada en el orden causado.----------

- C) REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios del Dr. R. L. en el 5,04% del monto del proceso.----------

--- D) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

-

--- Tal mi voto.----------

--- **A LA S. CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso: ------

----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. Así lo voto.-

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse de licencia el restante vocal de la Sala (arst. 7 y

8 Ley V N° 17).----------

----Trelew, de febrero de 2020. ----------

-----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ---------- ---

-- **S E N T E N C I A**: ----------

---REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada estableciendo el monto total de condena en la suma de $122.614,93 con más los intereses fijados en la sentencia de grado.----------

--- IMPONER las costas de alzada en el orden causado.----------

- --- REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios del Dr. R. L. en el 5,04% del monto del proceso.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

-

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 – SDC - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA