----En la ciudad de Trelew, a los días de marzo 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 del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Sucesores de J. A. M. c/ C., P. S. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 584 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 677. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?. ----------

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

-------I.- Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación presentados por el letrado apoderado de los codemandados y la aseguradora citada en garantía (fs. 642) y por la actora a fs. 647 contra la sentencia de la anterior instancia (fs. 627/640). ----------

------La parte demandada presentó el memorial de agravios a fs. 666/668 y la actora hizo lo propio a fs. 661/664. La contestación de la actora consta a fs. 670/672 y no hubo contestación de la parte demandada. A fs. 675 contestó la vista conferida la Asesoría de Familia en tutela de los intereses de los menores de edad involucrados. ----------

------II.- La sentencia de primera instancia (fs. 627/640) rechazó las excepciones de cosa juzgada y conciliación; transacción y desistimiento deducidas en subsidio por los accionados, declarando la invalidez del acuerdo celebrado entre el actor y la compañía de seguros B. R. Coop. Ltda. del 11 de abril de 2013, por hallar presente el vicio de lesión invocado en la demanda (conf. arts. 954 y 1050 del anterior Código Civil). ----------

----Seguidamente hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios por accidente de tránsito promovida por la víctima del accidente J. A. M. -hoy sus sucesores-, condenando a los señores H. J. S. S. y P. S. C., conductor y titular del vehículo involucrado en el siniestro respectivamente, a abonarles la suma de pesos ciento noventa y seis mil novecientos cincuenta y tres con 13/100 ctvos. ($ 196.953,13), con más intereses desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago.----------

------Asimismo, hizo extensiva la condena a la aseguradora B. R. Coop. Ltda. en los términos del art. 118 de la ley de seguros; impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. ----------

------Para así decidir, la jueza de grado rechazó primeramente las excepciones de cosa juzgada y conciliación interpuesta por los demandados (escrito de fs. 71/76) en base al acuerdo celebrado en fecha 11 de abril de 2013 entre el actor y la aseguradora presentado en sede penal, por el cual esta última le abonó la suma de $ 70.410 en concepto de indemnización única, total y definitiva por los daños y perjuicios por el siniestro de autos. ----------

------A tal fin juzgó que la homologación del citado acuerdo efectuada en sede penal no tiene efecto de cosa juzgada en esta sede civil, ya que se limitó a homologar la

fotocopia de un recibo de pago en el marco del instituto de “reparación”, previsto en el art. 47 del C.C.P., cuyo objeto no era otro que logar una salida alternativa en el proceso penal, sin que se expidiera sobre la existencia del hecho delictivo y su autoría. Por análogos argumentos consideró improcedente la excepción de conciliación, expresando que dicho instituto supone la iniciativa e intervención del juez, lo que no ocurrió en dicho acuerdo.----------

------Respecto a las excepciones de transacción y desistimiento deducidas en subsidio refirió que la parte actora hizo reserva de plantear la nulidad del convenio transaccional por el vicio de lesión subjetiva. Fijó postura primeramente a favor de la aplicación del mencionado instituto al contrato de transacción y luego expresó que el análisis de los elementos objetivo y subjetivo de la lesión no debe hacerse en abstracto, por lo que debía indagarse previamente la existencia de la responsabilidad civil y los montos indemnizatorios.----------

------En dicha dirección se pronunció sobre el evento dañoso, indicando que se trata de un accidente de tránsito ocurrido el día 8 de abril de 2012, entre la motocicleta marca Kymco, dominio X, conducida por el actor y el “taxi interno nro. X” marca Chevrolet Aveo, dominio X, conducido por el demandado S. y de propiedad del codemandado C., en la intersección de las calles José Ingenieros y Cipolletti, de esta ciudad de Trelew, regido por el régimen de responsabilidad objetiva consagrado en art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del anterior Código Civil. ----------

------Entendió que la presunción de responsabilidad que pesa sobre la demandada no fue debidamente desvirtuada, valorando la mecánica del accidente que surge de pericia accidentológica producida en autos. Concluyó que la concurrencia causal alegada por las accionadas y la citada en garantía, quienes reconocieron la maniobra de giro a la izquierda invadiendo el carril contrario es inviable, habida cuenta de que el único argumento exoneratorio alegado (elevada velocidad de la motocicleta) no fue acreditado.----------

------Establecida así la existencia de la responsabilidad civil, se expidió sobre los rubros indemnizatorios procedentes, determinando una suma total en concepto de daños y perjuicios de $ 267.363,13, por los siguientes rubros: a) reparación de la motocicleta por $ 5.250; b) privación de uso por $ 300 ($ 100 diarios por 3 días de indisponibilidad); c) gastos médicos y traslados por $ 3.000; d) incapacidad sobreviniente $ 208.813,13 (por un 48% discapacidad; e) daño moral por la suma de $ 50.000. Por el contrario, rechazó los rubros desvalorización del rodado y gastos terapéuticos futuros integrantes del reclamo. ----------

------De ello derivó que resultaba evidentemente desproporcionada e injustificada la suma de $ 70.410 establecida en la transacción celebrada con la aseguradora. Asimismo observó que en el instrumento sólo la firma, aclaración, DNI y fecha son manuscritos, estando las cláusulas y restantes datos impresos. Con apoyo en las declaraciones de

los testigos A. B. y S. G. R. entendió que no existen dudas respecto a que el actor se encontraba en situación de inferioridad al momento de prestar su consentimiento.----------Teniendo por acreditadas de este modo la ventaja patrimonial desproporcionada y la necesidad, ligereza e inexperiencia del actor, presumió la explotación de esa inferioridad por parte de la aseguradora (conf. art. 165, inc. 5, 2º párrafo, del CPCC).----------A mayor abundamiento ponderó que el señor M. concurrió al acto sin asesoramiento letrado, lo que corroboró con las declaraciones testimoniales de V. y B.. ----------

------En consecuencia concluyó que la transacción se encuentra afectada y por ende el desistimiento del derecho allí contenido, declarando su invalidez con los efectos consiguientes (arts. 954 y 1050 del ex C.Civil) y condenó a los demandados a abonar en concepto de capital la suma de $ 196.953,13, que surge de restar a la suma determinada de $ 267.363,13 el monto de $ 70.410 percibido por el actor.----------

------III.- Contra dicho pronunciamiento los demandados y la aseguradora deducen dos agravios, solicitando la revocación íntegra de la sentencia. El primero referido al porcentaje de la incapacidad sobreviniente determinado. Alegan que se incurrió en un error grave y manifiesto al acumular la discapacidad determinada por el perito médico interviniente en estos autos (25%) con la determinada administrativamente por la doctora F. (23%), siendo que ambas fueron efectuadas sobre las mismas lesiones y calculadas sobre la total obrera. Explican que solo difieren en el método de cálculo y en que la perito oficial desestima la existencia de secuelas por el traumatismo de cráneo, como así también en que la perito de la aseguradora tuvo oportunidad de entrevistar al actor y el doctor J. (perito judicial) no pudo hacerlo por haber fallecido el mismo con anterioridad. Por ello –dicen- que la incapacidad determinada no constituye una derivación razonable de las constancias del expediente.----------

------En segundo lugar, derivado de lo anterior, cuestionan que se haya tenido por existente la notable desproporción como elemento objetivo del vicio de lesión. Expresan que al aplicarse el porcentaje correcto de incapacidad el resultado a obtenerse a través de la fórmula matemática-financiera utilizada para el cálculo de la indemnización se reduce drásticamente, ascendiendo a la suma de $ 107.981,27, resultando inferior en casi un 50% de la determinada en la sentencia ($ 208.813,13) y bastante cercana a la acordada por las partes en el acuerdo cuestionado ($ 70.410), desapareciendo así la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada e injustificada requerida para la existencia de la lesión. ----------

------Al contestar los agravios, la parte actora esgrime que el primer agravio es insuficiente, ya que no se han rebatido las conclusiones de la sentencia por las cuales la jueza completó –y no acumuló- el porcentaje de incapacidad. Sostiene que es falso que ambos profesionales se hubieran referido a idénticas lesiones, ya que el perito J. –quien únicamente pudo expedirse en base a la Historia Clínica– no contabilizó como secuelas específicas las limitaciones funcionales de cadera ni el acortamiento del miembro inferior

derecho, y solo se realizó en base a dos secuelas, a saber: fractura de fémur con callo hipertrófico (15%) y trastorno funcional en la marcha (10%).----------

------Con relación a la queja referida a la inexistencia de notable desproporción, destaca que los apelantes no desarrollaron ninguna crítica autónoma, por lo que el agravio se halla indisolublemente ligado a la suerte del anterior, agregando que se halla vedado a esta alzada pronunciarse sobre cuestiones omitidas. ----------

-------IV.- Por su parte, la actora se agravia del monto acordado en concepto de daño moral, considerándolo exiguo e insuficiente a los fines compensatorios, por entender que el mismo no guarda relación con casos análogos del foro local y en particular de esta alzada, mencionando distintos precedentes en su apoyo. ----------

------V. Efectuada la reseña precedente del modo más sucinto posible, ingresaré al tratamiento de los agravios, para lo cual, por una cuestión de pura lógica, habré de referirme primeramente a los deducidos por los accionados, ello en el mismo orden en que fueron expuestos, en tanto el segundo se halla indefectiblemente ligado a la suerte del primero, y de corresponder, atenderé el agravio de la actora referido a la cuantificación del daño moral. ----------

------V a). <u>El porcentaje de incapacidad fijado en la sentencia.</u> La jueza de grado determinó un porcentaje total de incapacidad permanente del 48%, sosteniendo que las lesiones quedaron acreditadas y que la pericia médica fijó un porcentaje del 25% por fractura de fémur con callo hipertrófico (15%) y trastorno funcional en la marcha (10%). Considerando que la pericia fue realizada en fecha 19 de octubre de 2016, sin posibilidad de contacto directo con la víctima debido a su fallecimiento, decidió completar el porcentaje de incapacidad con el dado por la doctora L. F., médica de la aseguradora, que surge de fs. 102/104, quien como consecuencia del examen directo del señor M., estimó una incapacidad física total por limitación funcional de cadera y acortamiento del miembro inferior derecho del 23%, porcentaje que -dice la sentenciante- surge de la sumatoria de los distintos porcentuales asignados a cada una de las lesiones detalladas en el informe. ----------

------Es evidente el yerro en que ha incurrido la jueza de grado al fundar y fijar el porcentaje de incapacidad permanente. En primer lugar no indicó concretamente las lesiones consolidadas o secuelas irreversibles que tuvo por acreditadas para determinarlo. Ahora bien, de la fundamentación dada se deduce que tuvo en cuenta las siguientes: 1) fractura de fémur con callo hipertrófico; 2) trastorno funcional en la marcha (pericia de J. a fs. 536/537), a la cual adicionó: 3) limitación funcional de cadera y 4) acortamiento del miembro inferior derecho (informe doctora F. fs. 102/104).----------

------Cabe aclarar aquí que no son las lesiones padecidas lo que se indemniza como inacapacidad sobreviniente, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas permanentes del accidente. ----------

------Pues bien, a mi modo de ver, ambos peritajes refieren a idénticas lesiones, aunque

difieren en el modo de exposición y valuación de las secuelas físicas resultantes, motivo por el cual no resulta lógico sumarlas sin más. ----------

------En efecto, el perito J., en base a los antecedentes obrantes en autos, expuso que realizó el cálculo conforme al baremo general para el fuero civil de “Altube Rinaldi”. Seguidamente determinó la existencia de una lesión de carácter permanente en la pierna derecha de la víctima, y como secuelas fractura de fémur derecho con callo hipertórfico y trastorno funcional de la marcha, estimando para ambas un porcentaje del 25%. Lo que no pudo informar por encontrarse fallecida la víctima a la fecha del peritaje fue la evolución de las lesiones como así tampoco la existencia de secuela estética (ver respuestas a los puntos 1, 5,6, 7 y 9 de la actora). Tampoco pudo expedirse en relación a la existencia de secuela por el traumatismo encéfalocraneano, sobre lo cual informó que “no hay constancias de que hayan quedado”. Cabe destacar que el citado informe pericial no fue impugnado por ninguna de las partes. ----------

------Por su lado, el informe médico acompañado por la aseguradora junto con la contestación de la demanda (fs.102/104) determinó la existencia de lesiones en la extremidad inferior y cadera y en cabeza/cráneo y encéfalo, indicando un porcentaje total de incapacidad del 29%. A tal fin efectuó un mayor detalle de las secuelas, a saber: osteomelitis crónica; limitaciones de movimientos y la dismetría con acortamiento de la extremidad inferior de 2 a 3 cm., cifra que aclaró se adiciona a la generada por limitación funcional, ítems que sumados individualmente totalizan un porcentaje del 28%. A ello agregó un 5% por la lesión en el cabeza/cráneo y encéfalo/ R.V.A.N. / fóbica grado II. De este modo en realidad la pericia determinó un porcentaje total del 33%. ----------

------De lo expuesto se deduce que ambos profesionales refieren a idénticas lesiones en la pierna derecha y cadera, aunque expusieron y cuantificaron de manera distinta las secuelas incapacitantes resultantes de la misma. La doctora F. las expuso con mayor detalle y amplitud, incluyendo la osteomelitis; las distintas limitaciones funcionales de movimiento y el acortamiento de la pierna, agregando la secuela resultante del traumatismo de cráneo. ----------

------Sin ser una experta en la materia, es evidente que la “fractura de fémur con callo hipertrófico” y el “trastorno funcional de la marcha” expuestos como secuelas por el doctor J. (por un 25%), están incluidos y valorados, aunque de otro modo, en el informe de la doctora F. (por un 28%). ----------

------Por lo expuesto, no resulta lógico ni razonable el fundamento esgrimido en la sentencia para adicionar los porcentajes totales de incapacidad de ambas pericias referidos a las lesiones sufridas en la pierna y cadera.----------

------Es dable advertir que la falta de contacto directo del perito de oficio con la víctima no le impidió valorar las secuelas físicas incapacitantes en base a los antecedentes que tuvo a la vista y que enumera en su dictamen. Por lo demás allí no efectuó ninguna

reserva u observación respecto a la posible existencia de otras lesiones o secuelas que no haya podido verificar, a excepción de la secuela por el traumatismo encéfalocraneano.----------

------Si bien el argumento relativo a la falta de contacto podría resultar válido en relación a una situación no verificada con anterioridad o que es modificable con el paso del tiempo, en modo alguno justifica que se sumen sin más los distintos porcentajes asignados por los profesionales referidos a las mismas lesiones físicas, cuyo carácter permanente no se halla en discusión, sin siquiera precisar ni justificar técnicamente en qué consistirán las diferencias detectadas por cada uno de los evaluadores o cuáles las secuelas no computadas. ----------

------De este modo coincido con los apelantes en que lo decidido respecto al porcentaje de incapacidad no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, careciendo de sustento técnico y jurídico el porcentaje total del 48% establecido. ---------

------Ahora bien, a mi criterio, el porcentaje de incapacidad que corresponde considerar es del 28% T.O por las lesiones en pierna y cadera determinado por la médica de la aseguradora - por resultar mayor al consignado por J. y haber sido el considerado para formalizar el acuerdo de transacción - adicionando el 5% por el traumatismo de cráneo, sobre cuya secuela no pudo expedirse este último, por lo cual en este caso sí se justifica su adición- arribando de este modo a un total de incapacidad del 33%.----------

-----Por todo lo expuesto propicio al Acuerdo se reconozca una incapacidad permanente del 33% de la total obrera. ----------

------Rehechos así los cálculos realizados en la sentencia a fs. 634/vta. y 635, con la sola modificación del valor asignado a la variable "a" de la fórmula matemática empleada, fijada en $ 9.108 ($ 2.300 correspondiente al salario mínimo vital y móvil * 33% * 12 meses), arribamos a que la indemnización por la incapacidad sobreviniente debe ser establecida en $ 145.559. Cabe destacar que la exposición correcta de la fórmula financiera-matemática utilizada por el fuero debe ser la siguiente: $C=a*(1-1/(1+i)^n)*1/i$.----------

------V b) <u>Notable desproporción.</u> ----------

------En función de lo resuelto precedentemente, pasaré al tratamiento del segundo agravio, en el cual los demandados entienden que al verse disminuido el porcentaje de incapacidad y por ende el monto de la indemnización resultante, desaparece la “notable desproporción” constitutiva del elemento objetivo de la lesión. ----------

------Para resolver este tópico debo señalar primeramente que pese a mantenerse en la actualidad la controversia en doctrina y en la jurisprudencia, los quejosos no cuestionaron la aplicación del instituto de la lesión al contrato de transacción, motivo por el cual, en honor a la congruencia procesal que rige en la alzada (conf. arts. 268 y 274 del CPCC), este Tribunal se halla impedido de revisar dicha decisión. ----------

------Asimismo ganó firmeza por falta de agravio la existencia del elemento subjetivo de la lesión, esto es, la situación de inferioridad que la jueza de grado encontró presente en

la víctima en oportunidad de suscribir el acuerdo transaccional, consistente en el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado. ----------

------Por lo dicho, el análisis se circunscribirá a verificar si se mantiene el elemento objetivo de la lesión, frente a la reducción del rubro indemnizatorio por incapacidad sobreviniente resultante del acogimiento favorable del agravio anterior. ----------

------Para resolver, cabe rememorar, que el elemento objetivo del instituto de la lesión subjetiva, como vicio del acto jurídico, se encuentra definido, tanto en el anterior código civil (ref. por la ley 17.711) que rige en el caso (art. 954, 4 párrafo), como en el nuevo código civil y comercial (art. 332), como una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”. ----------

------Por otro lado, como es sabido, el acuerdo de transacción (art. 823 del ex C. Civ. y art. 1641 del actual CCyC) se configura cuando se producen “concesiones recíprocas” para extinguir obligaciones dudosas o litigiosas. En la naturaleza de esas “concesiones recíprocas” está lo innecesario de la equivalencia o correspondencia económica entre las prestaciones, es decir que entre lo que se reconoce y lo que se declina no se exige una equivalencia en lo económico. Lo co-respectivos sacrificios no llevan en si una asimilación igualitaria en sus valores (Conf. Compagnucci de Caso, Rubén H., en “Nulidad por lesión subjetiva y transacción”, publicado en La Ley online AR/DOC/1091/2009, y su cita nro. 11). ----------

------Es decir, el propio objeto-fin del contrato de transacción conlleva a la existencia de pérdidas o sacrificios en aras de la certidumbre y efectivo reconocimiento de un derecho, y allí radica precisamente la dificultad para aplicar el instituto de la lesión y es lo que ha llevado a parte de la doctrina y jurisprudencia, entre otros fundamentos, directamente a rechazarla. ----------

------Ahora bien, “la evidente inequivalencia, sin justificación, debe surgir de la comparación entre las ventajas y sacrificios patrimoniales correlativos, es decir, entre los resultados patrimoniales de las partes (conf. XVII Jornadas Nacional de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, conclusiones de la mayoría, Com. I). ----------

------En la transacción, entonces, la consideración del elemento objetivo de la lesión requiere valorar las perspectivas jurídicas de las partes en un eventual proceso judicial, confrontándola con el objeto transado (conf. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2da. ed. actualizada y aumentada. Jorge H. Alterini (Dir Gral.); José W. Tobías (Dir. de Tomo), T. II, págs.. 734 y 735, ed. Thomson Reuters. La Ley. Buenos Aires, 2016). ----------

------Así, si se verifica un desajuste grosero entre lo que se resigna y recibe, sin una explicación razonable y se verifica una de las situaciones de debilidad negocial, lejos de concesiones mutuas, en su estructura económica solo habría beneficio y del otro lado solo renuncia. ----------

------Por expresa disposición legal, el análisis comparativo debe efectuarse al tiempo del

acto (arts. 954 anterior C.Civ. y art. 332 del actual CCyC) y, tal como lo expuso la jueza de grado, la valoración debe realizarse en función de las circunstancias concretas del caso, las que además de examinarse bajo la pauta general de la validez del acto, deben ser aquilatadas con suma prudencia, precisamente por las concesiones que el negocio implica, para arribar a un juicio sobre el desequilibrio o desproporción (conf. C. Civ. y Com. de Junín, “Ruerte, Ramona Isabel c. Lano, Blanca Esther y otro”, del 30/05/2013. La Ley online AR/JUR/19532/2013). ----------

------En este particular caso, a fin de expedirse sobre la existencia de la lesión, la jueza de grado fue más allá de una mera evaluación de probabilidades, expidiéndose en forma concreta y precisa, de acuerdo a las circunstancias del caso, tanto sobre la existencia de la responsabilidad y su tipo (objetiva); como sobre la procedencia de cada uno de los rubros reclamados y su cuantificación. Todas estas cuestiones no fueron objeto de impugnación por los demandados, arribando firme a esta alzada, a excepción del monto de la incapacidad sobreviniente y del daño moral, apelado exclusivamente por la parte actora, pretendiéndose el reconocimiento de una suma superior.----------

------Cabe precisar aquí que la comparación debe efectuarse en función de la totalidad de los rubros indemnizables procedentes y no únicamente limitarse al rubro incapacidad sobreviniente, como lo pretende la parte demandada en su expresión de agravios. ------

------De este modo, el perjuicio que eventualmente el actor se vio privado de componer al momento de celebrarse el acuerdo transaccional, se halla, a esta altura del proceso, estimado en forma cierta y a ello debe estarse para efectuar la comparación de valores, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva en relación al monto por el daño moral, para el cual corresponde considerar, como mínimo, la suma de $ 50.000 determinada en la sentencia, que ha consentido la aseguradora. ----------

------Por lo dicho, no existen dudas en el caso sobre la existencia de la responsabilidad total en cabeza de los demandados en el evento dañoso de tipo objetiva (art. 1113, párrafo segundo, in fine, del anterior C.Civ.) y de la inviabilidad de la concausa esgrimida como único argumento exoneratorio (excesiva velocidad de la motocicleta), que no se acreditó en modo alguno (ver sentencia de grado a fs. 632). El mecanismo del accidente era conocido por la aseguradora ya que incluso había sido determinado por pericia accidentológica realizada en sede penal de fecha 7 de julio de 2012 (Legajo 38.083 que tengo a la vista), por lo que probabilidad de la determinación de la responsabilidad en el modo expuesto en la sentencia no podía resultar dudosa para la aseguradora, en función de su experticia en la materia. En su mérito no podía dudarse de la obligatoriedad de su parte de reparar íntegramente los daños materiales sufridos en la motocicleta (gastos de reparación y privación de uso de la motocicleta). ----------

------Tampoco existían dudas sobre las lesiones físicas padecidas por la víctima y sus secuelas, ya que las mismas incluso fueron verificadas y estimadas en sede administrativa por la aseguradora, en forma previa a efectuar el acuerdo. De tales

lesiones, el tiempo de restablecimiento y las secuelas permanentes, fácilmente resultaba determinar la obligatoriedad de cubrir los gastos médicos y de traslado y tampoco podría dudarse “in re ipsa” de la procedencia del reclamo del rubro daño moral, que en forma razonable y prudente podía estimar la aseguradora como reparación hipotética a obtenerse en juicio, con mayor razón tratándose de una entidad dedicada a la cobertura de riesgos de accidentes de tránsito, y por ende en la valoración de los perjuicios resultantes, conocedora, seguramente, de los criterios jurisprudenciales del fuero existentes en la materia. ----------

------Partiendo de ello, me resulta evidente que la suma ofrecida y abonada por la aseguradora en el convenio de fecha 11 de abril de 2013, presentado en sede penal en fecha 23 de abril de 2013 conforme surge del legajo reservado, por la suma de $ 70.410 como todo resarcimiento, más aun abonada en seis (6) cuotas iguales y consecutivas, frente a la suma total de $ 204.109 ($ 5.250 +300 +3.000 +145.559 + 50.000 de daño moral) que fácilmente podía estimarse, constituye una evidente desproporción que no justificaba la transacción.----------

------En efecto, la suma abonada no alcanza a representar ni el 50 % del resarcimiento judicial que razonablemente le hubiere correspondido a la víctima, a lo que debe agregarse que no fue entregada en forma inmediata e íntegra, sino diferida y en cuotas, por lo que el beneficio de la prontitud en el cobro que justificaría evitar un juicio y resignar parte de la indemnización, no se presenta en el caso. ----------

------Por todo lo expuesto concluyo que aun cuando se encuentre disminuido el monto de la indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente, se mantiene la existencia de una notable desproporción de las prestaciones sin justificación y con ello la configuración del elemento objetivo del instituto de la lesión, lo que sumado al elemento subjetivo que se ha tenido por acreditado en autos, torna procedente la aplicación del instituto de la lesión al acuerdo transaccional. ----------

------Por ende propicio al Acuerdo se confirme en este tópico la sentencia recurrida, el rechazo de la excepción de transacción y la declaración de invalidez del acuerdo celebrado por el actor la compañía de seguros en fecha 11 de abril del año 2013 con los efectos consiguientes (arts. 954 y 1050 del anterior Código Civil). ----------

------<u>V. c) El resarcimiento del daño moral.</u> ----------

------La parte actora cuestionó, por exiguo, el monto de $ 50.000 determinado en concepto de daño moral. Cabe recordar aquí, conforme lo viene diciendo la Corte Suprema de Justicia, que a los fines de la fijación del quantum del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de una daño accesorio a éste (causa “Mosca”; Fallos: 330: 563; y sus citas Fallos 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847).----------

------En consonancia con ello, esta Sala ha venido señalando que, dada la naturaleza reparatoria del rubro, su “quantum,” debe estar referido a la dimensión del perjuicio sufrido, correspondiendo pues para fijarlo atender al tipo de derecho lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó a la víctima y el factor de atribución de la responsabilidad, pues hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad del agente se presenta (Conf. SDC 3/11, 15/11, 12/13, 16/13, entre otras). ----------

------En la causa quedaron acreditadas las lesiones y secuelas físicas permanentes que quedaron en la víctima con motivo del accidente de tránsito, que he estimado precedentemente en un total del 33%, por las cuales debió ser sometido a intervención quirúrgica permaneciendo internado 26 días (ver informe pericial de fs. 536/537), lo que indudablemente debió mellar gravemente su ánimo y espíritu, ponderando también la joven edad de la victima (22 años) a la fecha del evento dañoso.----------

------Atendiendo a tales circunstancias, estimo que efectivamente resulta exiguo el monto concedido en primera instancia, y en ejercicio de la facultad judicial consagrada en el art. 167 CPCC, propongo elevarlo a la suma de $ 150.000, suma que resulta acorde con las concedidas en los precedentes más actuales de este Tribunal que fueron citados por la apelante referidos a lesiones psicofísicas (SDC 5/2016; 16/2016 y 7/2017, entre otras) como así también con los precedentes actuales de Cámaras de Apelaciones de otras jurisdicciones en función del porcentaje de incapacidad reconocido en cada caso (ver en Microjuris C. Civ. y Com. Fed., Sala II, en “López Rodolfo c/Estado Nacional- Ministerio de Seguridad Policía Federal s/accidente de Trabajo/enferm. Prof. Acción civil.”, del 28/3/2017, cita MJ-JU-M-106015-AR; C Nac. Ap. Civ., Sala H, “Descals Daniel Adrián c/Panamerican Mall S.A. s/daños y perjuicios”, del 10/7/2018, cita MJ-JU-M-113194-AR y C. Nac. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “Barcos Carlos Alberto c/Depaoli Andrés Hernán s/ daños y perjuicios- autom. c/ les. o muerte (exc. estado)”, del 10/11/2017, cita: MJ-JU-M-107808-AR). ----------

-------VI.- Conclusión: Por las razones apuntadas propongo hacer lugar parcialmente al recurso de la parte demandada, modificándose el porcentaje de incapacidad física establecido en la sentencia, reconociendo un 33% de la T.O., y en consecuencia fijar el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente en la suma de $ 145.559 y hacer lugar al recurso de la parte actora, elevando el monto de daño moral a la suma de $ 150.000. De este modo el total indemnizatorio asciende a la suma de pesos trescientos cuatro mil ciento nueve ($ 304.109), y restado lo percibido por $ 70.410, se arriba a un monto total de condena de pesos doscientos treinta y tres mil seiscientos noventa y nueve ($ 233.699). ----------

------VI.- Por la forma en que se resuelve, manteniendo los demandados su condición de vencidos, resulta innecesario readecuar la imposición de costas de primera instancia y en cuanto a los honorarios respectivos, al estar fijados en porcentaje, se ajustarán

automáticamente al nuevo monto de condena (conf. Art. 282 del CPCC).----------

------En relación a las costas de la alzada, por cuanto prospera uno solo de los agravios de los dos deducidos por la parte demandada y prospera el único deducido por la actora, propicio que se distribuyan en un 80% a los accionados y en un 20% a la parte actora, atendiendo a la importancia de los agravios involucrados (conf. art. 72 del

CPCC). ----------

------Los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, propicio se regulen, a la doctora M. C. P. y al doctor E. R. H., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en un 6,60% y al doctor R. G. W., apoderado de los demandados y la citada en garantía, en un 5,50%, incluyendo en todos los casos el plus procuratorio, ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso resultante y con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8,9 y 13 de la ley XIII nº4).----------

------Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA. ----------

------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral dijo: ----------

-------I.- La Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado e individualizó los agravios expresados por el letrado apoderado de los demandados y de la citada en garantía y por la parte actora. En razón de ello, para evitar innecesarias reiteraciones, conforme los planteos recursivos articulados y al orden de tratamiento propuesto en el voto de la colega preopinante, seguidamente analizare (i) si es correcto el porcentaje de incapacidad computado en sentencia, (ii) si se verifica desproporción en las prestaciones y ventaja patrimonial en perjuicio de la víctima como elemento objetivo del vicio de lesión, (iii) y de ser procedente, analizaré los agravios de la actora referidos al monto reconocido en concepto de indemnización por daño moral. ----------

------II.a). Porcentaje de incapacidad. Como se señala en el voto precedente, en la sentencia apelada a los efectos de establecer la indemnización reclamada, la Jueza de Primera Instancia consideró que J. A. M., como consecuencia del accidente referido en el escrito inicial padeció una incapacidad permanente del 48%. Al establecer dicho porcentaje, la magistrada computó la pericia medica realizada en autos, que fijó la incapacidad del nombrado en el 25% (15% por fractura de fémur con callo hipertrófico y 10% por trastorno funcional en la marcha) y a ello le sumó el porcentaje de incapacidad establecido por la médica de la aseguradora, que valoró la incapacidad física por limitación funcional de cadera y acortamiento del miembro inferior derecho en el 23%. -

------Como señalan los recurrentes y como precisa la Dra. Cordón Ferrando en su voto, sin duda la sumatoria de los referidos porcentajes de incapacidad es incorrecta, ya que éstos se refieren a las mismas dolencias. Si bien en la pericia medica de autos se hace referencia a fractura de fémur con callo hipertrófico y trastorno funcional en la marcha (fs. 536/537) y en la evaluación de la aseguradora, después de valorar detalladamente las dolencias que presentaba J. A. M., se hace referencia a la limitación funcional de

cadera y acortamiento del miembro inferior derecho (fs. 102/104), es claro que en ambos casos se valoraron las lesiones sufridas por el nombrado en dicho miembro inferior y cadera y la disminución de capacidad física que es su consecuencia.

Siendo ello así, como fue anticipado, los porcentajes referidos no pueden ser sumados.

------Por lo hasta aquí apuntado, deben ser acogidos los planteos de los demandados y de la citada en garantía en cuanto cuestionan el porcentaje de incapacidad computado en la sentencia recurrida.----------

------Siendo incorrecto el porcentaje de incapacidad considerado por la Jueza de grado, es necesario establecer cuál es el porcentaje que debe computarse para calcular la indemnización por incapacidad sobreviniente reclamada en demanda. Al respecto, coincido con la colega preopinante en cuanto propone computar los porcentajes asignados en el informe realizado por la Dra. F. respecto de las lesiones de pierna y cadera y adicionar a éstos el 5% que la nombrada estimó en relación al traumatismo de cráneo, el que no puedo ser evaluado por el Perito J. por estar el actor fallecido al momento de la pericia. En consecuencia debe computarse una incapacidad del 33% y conforme los cálculos realizados en el voto precedente, que considero correctos, la indemnización por incapacidad sobreviniente debe establecerse en la suma de $ 145.559.----------

-------II.b) Desproporción – ventaja patrimonial. ----------

-------El pronunciamiento recurrido rechazó las excepciones de cosa juzgada, conciliación, transacción y desistimiento deducidas por los accionados, declarando la invalidez del acuerdo celebrado entre el actor y la compañía de seguros B. R. Cooperativa Ltda., por considerar la Jueza de grado que el mismo se encuentra afectado por el vicio de lesión que fue invocado en el escrito inicial (arts. 954 y 1050 del anterior Código Civil). ----------

-------Respecto de la transacción y el pago invocados, después de establecer el monto de las indemnizaciones reclamadas, la magistrada señaló que en el caso se verifica una notable desproporción entre dichas indemnizaciones, que fueron calculadas a la fecha del evento dañoso y la suma de $ 70.410 que fue abonada en virtud de la transacción celebrada con la aseguradora; y asimismo indicó que el actor se encontraba en situación de inferioridad al momento de prestar su consentimiento. Por dichos fundamentos, teniendo por acreditada la ventaja patrimonial desproporcionada y la necesidad, ligereza e inexperiencia del actor, presumió la explotación de esa inferioridad por parte de la aseguradora.----------

-------Los demandados y la citada en garantía, al expresar agravios, sin cuestionar la aplicación del instituto de la lesión a la transacción y sin objetar la existencia del elemento subjetivo que la jueza de considero acreditado (aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima), solo se limitan a sostener que al ser menor el

porcentaje de incapacidad al computado en el fallo recurrido no se verifica una notable desproporción entre la suma abonada y la que pudo corresponder a J. A. M..----------

-------Como claramente surge del voto precedente, el instituto de la lesión que fue receptado por el art. 954 del Código Civil y que hoy reproduce el art. 332 del Código Civil y Comercial, resulta aplicable cuando en un negocio jurídico se obtiene una ventaja patrimonial desproporcionada e inequitativa en perjuicio de quien se encuentra en condiciones de debilidad o inferioridad. ----------

------Siendo ello así, como los recurrentes no cuestionan la aplicación del instituto a la transacción y tampoco cuestionan que el pronunciamiento haya establecido que el nombrado J. M. haya aceptado la transacción propuesta por necesidad, ligereza e inexperiencia, solo debe analizarse si, pese a la reducción de la incapacidad computable, igualmente se verifica una ventaja patrimonial inamisible a favor de la aseguradora.----------

-------La comparación de la suma de $ 70.410, ofrecida y abonada por la aseguradora como resarcimiento total y definitivo (conforme el acuerdo de fecha 11 de abril de 2013), con la suma de $ 204.109 ($ 5.250 +300 +3.000 +145.559 + 50.000) que corresponde a la sumatoria de la totalidad de las indemnizaciones reconocidas en la sentencia de primera instancia, computando el rubro incapacidad sobreviniente conforme a los valores establecidos en el apartado precedente, a mi criterio y como estableció la colega preopinante, confirma la subsistencia de la desproporción patrimonial que fue valorada en la sentencia recurrida para descartar validez extintiva al acuerdo transaccional.----------

------En otras palabras, pese a la reducción del porcentaje de incapacidad computable y de la consecuente disminución del monto de la indemnización correspondiente al rubro incapacidad sobreviniente, la desproporción de las prestaciones en perjuicio de M. y la ventaja patrimonial a favor de la aseguradora se mantiene y por tal razón, el agravio bajo análisis no puede prosperar. ----------

-------Por todo apuntado, coincido con la Dra. Cordón Ferrando en cuanto postula se confirme el rechazo de la excepción de transacción y la declaración de invalidez extintiva del acuerdo celebrado por el actor y la compañía de seguros (arts. 954 y 1050 del anterior Código Civil). ----------

------II.c) Daño moral. ----------

-----Analizados los agravios de los demandados y de la citada en garantía y descartado valor extintivo a la acuerdo celebrado, corresponde tratar el recurso de la parte actora que se agravia respecto del monto de $ 50.000 establecido en concepto de daño moral por considerarlo insuficiente. ----------

------Frente a dicho planteo es preciso recordar que desde hace décadas se ha establecido que el daño moral -hoy denominado daño no patrimonial- es aquél que afecta

principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (arts. 522 y 1078 del Código Civil y su doctrina; conf.: Suprema Corte de Buenos Aires, 13-6-89, “Miguez, Rubén y otros c/ Comarca S.A. y otro” El Derecho 136, pág. 526).A su respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que tiene carácter resarcitorio y que no debe que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf.: El Derecho 120, pág. 648).----------

------La reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto en los arts. 1737, 1738, 1740 y 1741 del actual Código Civil y Comercial, sino por lo establecido por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados internacionales como el pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). ----------

------En virtud de lo apuntado, en el caso de autos la procedencia del rubro es incuestionable, ya que sin duda las lesiones que sufrió M. como consecuencia del accidente de tránsito, que requirieron de intervención quirúrgica y de internación y la incapacidad física resultante, tienen entidad suficiente para causar intenso sufrimiento, el que debe tenerse por acreditado. Ello es así, ya que para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual en casos como el de autos es innecesario e imposible, ya que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría de la responsabilidad civil”, p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, “La prueba del daño moral”, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, T. 1, p. 478 y ss.).----------

------La cuantificación de este rubro constituye una de las tareas más difíciles pues se carece de parámetros objetivos a tal efecto. El nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1741, establece que el monto de la indemnización de este tipo de daños debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas. ----------

-------Teniendo en cuenta los conceptos reseñados y pese a que es prácticamente imposible imaginar que suma de dinero pudo brindar la posibilidad obtener satisfacciones compensatorias en relación a las lesiones e incapacidad física sufridas por quien fuera el actor de autos, a mi criterio y como se expresa en el voto precedente, el monto fijado en el pronunciamiento apelado resulta exiguo. En razón de ello, por considerar adecuada la suma propuesta en el primer voto y conforme a los precedentes allí citados, postulo elevar la indemnización reconocida en concepto de indemnización por daño moral a la

suma de $ 150.000. ----------

------IV.- Por lo expresado en los apartados precedentes, postulo acoger parcialmente al recurso de la parte demandada estableciendo que el porcentaje de incapacidad física computable es del 33%, fijando el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente en la suma de $ 145.559. Asimismo, postulo hacer lugar al recurso de la parte actora elevando el monto de la indemnización por daño moral a la suma de

$ 150.000. ----------

------V.- Conservando los demandados y la citada en garantía su condición de vencidos y estando los honorarios de los letrados de las partes fijados en porcentajes, no corresponde readecuar la imposición de costas de primera instancia ni modificar los honorarios regulados en la sentencia impugnada, por ajustarse éstos automáticamente al nuevo monto de condena (conf. art. 282 del CPCC). ----------

------Respecto de las costas de esta instancia, dado que prospera uno de los agravios articulado por los accionados y prospera el único interpuesto por la actora, considero adecuado que se impongan en un 80% a los demandados y a la citada en garantía y en un 20% a la parte actora (conf. art. 72 del CPCC), como postula la Dra. Cordón Ferrando en su voto. Asimismo concuerdo con la nombrada respecto de los honorarios que propone regular a favor de los letrados de las partes por las tareas recursivas. ----------

-------Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

------**A LA SEGUNDA CUESTION:** la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso: ----------

------Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:-

----------A) REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, elevando el monto de la condena a la suma de pesos doscientos treinta y tres mil seiscientos noventa y nueve ($ 233.699), la que deberá ser abonada en el plazo y con los intereses dispuestos en el pronunciamiento recurrido. ----------

-------B) IMPONER las costas de la alzada en un 80% a las accionados y un 20% a la parte actora, atendiendo a la importancia de los agravios que prosperan y los que se rechazan (conf. art. 72 del CPCC), regulando los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, a la doctora M. C. P. y al doctor E. R. H., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en un 6,60% y al doctor R. G. W., apoderado de los demandados y la citada en garantía, en un 5,50%, incluyendo en todos los casos el plus procuratorio, ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso resultante y con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8,9 y 13 de la ley XIII nº4). ----------

------Así lo voto. ----------

------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:----------

------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Cordón

Ferrando, 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 por encontrarse en uso de licencia la Dra. Natalia I. Spoturno (Art. 7 y 8 Ley V N° 17).----------

-------Trelew, de marzo 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, elevando el monto de la condena a la suma de pesos doscientos treinta y tres mil seiscientos noventa y nueve ($ 233.699), la que deberá ser abonada en el plazo y con los intereses dispuestos en el pronunciamiento recurrido.----------

------IMPONER las costas de la alzada en un 80% a las accionados y un 20% a la parte actora, atendiendo a la importancia de los agravios que prosperan y los que se rechazan (conf. art. 72 del CPCC), regulando los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, a la doctora M. C. P. y al doctor E. R. H., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en un 6,60% y al doctor R. G. W., apoderado de los demandados y la citada en garantía, en un 5,50%, incluyendo en todos los casos el plus procuratorio, ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso resultante y con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8,9 y 13 de la ley XIII nº4). ----------

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

MARCELO F. PERAL
JUEZ DE CÁMARA

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
PRESIDENTE

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

GUILLERMO N. WALTER SECRETARIO DE CÁMARA