En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. R. Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., J. S. c/ M., E. M. y otra s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 676/2019**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°1, Secretaría N°1. (expte. nro. 436/2013), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs.1354) e integración (fs.1357), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. R. Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1252/1277? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 1252/1277 es apelada por la actora a fs. 1279 conforme informe de fs. 1315/1326vta., la que le es contestada por la Citada en Garantía, alcanzada por el fallo, a fs. 1341/1352 y también apela ésta última a fs. 1278 conforme presentación de fs. 1300/1312 contestándole la accionante a fs. 1330/1339. Advierto que la demandada consiente el fallo conforme constancias de fs. 1277 y 1282, no obstante, tal como lo he sostenido

en casos análogos, la apelación de la citada en garantía debe beneficiar al asegurado, aun cuando este último no hubiera recurrido conforme J. Mayo y Alejandro Verdaguer en Id SAIJ: DACA970110 con cita de PalacioAlvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, t.3, p.504; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Astrea, t.1, p.339; FassiYañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado", t.1, p.51; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial comentado", Ed. Abeledo-Perrot, t.1, p.521 entre otros y v. gr. CNCiv., sala J, 26/09/2017 – "C. M. E. T. c/ F.R. y otros s/ daños y perjuicios (acc.tran. c/ les. o muerte)"- Cita: MJ-JU-M-108270-AR | MJJ108270 | MJJ108270; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, 17/08/2016 – "D. R. E. L. y otro c/ G. M. G. y otros/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-100839-AR | MJJ100839 | MJJ100839).

Tras detenida lectura y consideración de lo actuado y sin perder de vista lo alegado por la actora a fs. 1236/1249vta., tengo por cumplimentados los extremos previstos por el art. 268 CPr/DJ por lo que debe mantenerse abierta la instancia y tratar en primer lugar el recurso de la afectada por el fallo. Previo y en consideración del contenido de las quejas advierto que tan solo analizaré las argumentaciones de las partes, conducentes y relevantes para decidir el caso, como así también ponderaré las pruebas que estime apropiadas para tal fin (CSJN Fallos: 258:304, 262:222, 307:1121, entre muchos, postura comentada por Fassi Yañes en "Código Procesal Civil y Comercial de la nación Comentado y Concordado" t. 1, pág. 825; Fenochietto-Arazi en "Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, T. 1,, pág. 620 entre otros y conf. art. 390 CPr/DJ).

La tercera citada en garantía formula su crítica en cuanto a la responsabilidad que se le atribuye al demandado en el evento dañoso ya que la misma encuentra fundamento en errónea apreciación probatoria, puntualizando los mismos al confrontar v. gr. los dictámenes periciales obrantes en la causa y su antecedente penal que obra por cuerda. Subsidiariamente impugna cada uno de los rubros que integran el monto de la condena y su tasa de interés. Eventualmente introduce la Cuestión Federal.

Ahora bien, opugnada severamente la mecánica del hecho y el mismo modo contestada por su oponente sosteniendo el fallo, se reabre el debate sobre tal circunstancia determínate de la atribución exclusiva o compartida de la responsabilidad y su eventual reparación. Y sin animo pedagógico pero si de mejor comprensión de mi propuesta en cuento al punto, encontrándose la cuestión sometida al régimen del CCiv., por la fecha del evento, vale recordar que reiteradamente se ha decidido que para un adecuado encuadre del tema, en especial lo atinente a la carga de la prueba, debe tenerse en cuenta que, por tratarse de una colisión entre rodados, no se neutralizan los riesgos que estos generan, sino que se mantienen intactas las presunciones de responsabilidad consagradas por el entonces vigente art. 1113 del Código Civil, e incumbe a cada parte demostrar los eximentes de responsabilidad que invoque (conf. V. gr. Pizarro, Ramón Daniel. "Causalidad adecuada y factores extraños"

en "Derecho de daños" - Homenaje al Profesor J. Mosset Iturraspe-, ps. 278 a 280, Buenos Aires, 1989).

Que tales consideraciones alcanzan al caso de colisiones entre un automotor y una motocicleta, pues debe entenderse que por sus características, a esta última cabe asimilársela a aquel móvil, pues su accionar lo es a motor, por lo cual no puede ser considerada un vehículo menor, sino que se encuentra en la misma situación de los automóviles (conf. Llambías, J. Joaquín, "Obligaciones", T IV-A, pág.485, núm. 2581, Kemelmajer de Carlucci, Aída. en BelluscioZannoni, Código Civil comentado, T 5, pág. 530, núm. 51 y a no olvidar la amplitud que le han dado los actuales arts. 1757 y 1769 al referir a "circulación de vehículos"). Y es que, la motocicleta configura también una cosa generadora de riesgo, tanto para el que la conduce como para el medio en que se desplaza. Su agilidad para insertarse en el entramado del tránsito, su fácil ascensión a una mayor velocidad, su posibilidad de acceso y paso por lugares más constreñidos con relación a los automotores, determinan en su carácter de cosa generadora de riesgo, y la peligrosidad misma no se desvanece porque tenga menor masa o entidad física (ver v. gr. CNCiv. Sala H, 2/9/2009, "Salas, L. L. c. G., C. O. y otros" - Cita Online: AR/JUR/30345/2009).

De acuerdo a ello y en atención a la presente causa, al actor le bastó probar el contacto del automotor con el del demandado, pues dado el factor objetivo de atribución no necesita probar la culpa del otro partícipe en la colisión, y al demandado no le alcanza, para eximirse, probar su falta de culpa, ya que no se aplican ni el art. 1109 ni el art. 1113, segundo (ver v. gr. CNCiv., Sala "G", del 04/09/991, LL 1992-C-129).

Y por aplicación de dicha doctrina, al no haber el demandado reconvenido, pesa sobre éste la presunción de responsabilidad respecto a los daños sufridos por el otro, salvo que se prueben circunstancias eximentes que las destruyan por la existencia de culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no se debe responder, o el caso fortuito (ver v. gr. (CNCiv., Sala H, 17/09/2001 - "M. M. c/C. L. y otros/Daños y perjuicios" –Citar: elDial - AAD8E).

En tal sentido la carga que pesaba sobre la demandada que consintió el fallo y que asumió su Citada en Garantía requería un alto grado de certeza ya que, conforme doctrina y jurisprudencia alentada por nuestro Máximo Tribunal nacional el hecho de la víctima con aptitud para interrumpir el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el perjuicio a que alude el art. 1113 del Cód. Civil, debe aparecer como la única causa del daño con las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (ver v. gr. CS, octubre 29-996, G., P. M. y otros c. S., E. en RED 31-290, p. B-3-16).

En cuanto a las actuaciones del Ministerio Publico Fiscal, refiriendo a la prejudicialidad y sus consecuencias, vale aclarar que lo que limita al juez civil es el hecho principal como dato fáctico o, mejor aún, como suceso histórico, circunscripto a sus características de tiempo, forma y modo. Se trata de evitar el escándalo jurídico al que conllevarían sentencias contradictorias sobre la existencia de un mismo hecho, tal como fue la intención del legislador al incorporar la prohibición del art. 1103 del Código,

además al ordenarse el archivo de la causa no se verifica la tipificación de un delito.

Tengo presente que no puede asimilarse el "archivo" de las actuaciones sumariales a un "sobreseimiento" del imputado, lo que importaría asumir una interpretación que dadas las particularidades que singularizan el caso exorbita el recto alcance que corresponde predicar del art. 1103 del Cód. Civil (actual art. 1777 Cód. Civ. y Com.)(ver v. gr. TSJ, Cordoba, Sala civi. Y com., 14/09/2016 –"W. N., C. y otros c/ C. D. E. y otro - Ordinario - Daños y perjuicios - Recurso de casación. Expte.N°489991 en http://www.actualidadjuridica.com.ar/jurisprudencia_vie wview.php?id=19111). No obstante ya ten cualquier duda resulta útil recordar que: "Como afirma Galli, al abonar el criterio de independencia entre las acciones civil y penal "la cosa juzgada no puede convertir en verdad hasta las cosas falsas. Una sentencia penal absolutoria no proclama como verdad la inocencia del acusado, sino la insuficiencia de pruebas para someterlo a castigo" (v. CULPA CIVIL, CULPA PENAL, Galli, citando a Toullier,1937, p. 261, cit. en "La falta de certeza de la autoría en sede penal y la sentencia civil", Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, Publicado en D.J 12/08/2009, 2204, La Ley Online, fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS-2008/11/18- M. de E. E. c. K., A. F.)". "Es que, si a la absolución por ausencia de prueba suficiente se le otorgara la autoridad de la cosa juzgada, se vulneraría la garantía de la defensa en juicio de quien en el proceso civil, puede probar con fuerza de convicción bastante la existencia del hecho y su autoría. Sólo cuando en sede penal se hubiera tratado la producción del hecho con tal amplitud que no dejare

margen alguno susceptible de dar cabida a una responsabilidad civil, podría invocarse un pronunciamiento absolutorio para impedir una condena de esta última naturaleza que, evidentemente, aparecería como escandalosa. Cfr.: SALASTRIGO REPRESAS- LÓPEZ MESA, "CODIGO CIVIL" anotado, 4-A Actualización, Ed. Depalma, pág. 544".

Todo ello sin perjuicio de que las partes han ofrecido como prueba las constancias del Legajo de Investigación Fiscal transcripto en lo esencial en los considerandos del fallo, sin reserva alguna. Las que serán deben ser debidamente confrontadas con las obrantes en autos. Así, advierte la dura controversia que han suscitado las presuntas discrepancias que surgen de la interpretación de lo opinado en base a la filmación del suceso en uno y otro fuero por parte de los petitos actuantes. Cuando en realidad existen suficientes coincidencias en cuanto a la imposibilidad de constatar, por tal medio, cuál de los conductores violó la autorización de paso dada la semaforización de la intersección, escenario principal del lugar del evento. Y es que, tomando en consideración lo restrictivo de la prueba que carga la demandada la mera presunción derivada de un cálculo descalificado por su colega, impide considerar tal opinión y en consecuencia autoriza a evitar enfrascarnos en tal disputa. Es más, es el mismo perito que tras exponer el método utilizado para verificar la falta antes señalada es quien la pone en duda a fs. 91 p. E., lo que no permite obtener certeza y neutraliza el debate en cuanto al punto.

En lo que hay acuerdo es en la falta de respeto de velocidad precaucional imprimida en su vehículo por el demandado, máxime contando con los informes municipales

en cuanto al punto, sin dejar de señalar el carácter embistente atribuida al demandado (fs. 89 del Legajo de Intervención Fiscal acordelado) lo que se patentiza al señalarse los daños en su automotor como consecuencia de la colisión de fs. 46/47 y daño físico del actor conforme informe de fs. 72. La reprochada en la pericia accidento lógica al conductor de la moto, que supera mínimamente la autorizada será motivo de consideración más adelante. No obstante toda especulación fundada en tales circunstancias o en las consecuencias por la falta de carne habilitante o la violación al uso de elementos de protección por parte del accionante en razón de la fragilidad del vehículo que conducía se tornan irrelevantes en el caso ya que encontrándonos ante una encrucijada sanforizada se impone su respeto y en el caso a la luz de la clarísima declaración del testigo no impugnado R. J. M. (tal como se señala en los considerandos a fs. 1264, dichos oportunamente constatados), el demandado ignorando toda regla de prevención avanzó pese a la señal de prohibición y embistió sin reacción presunta ante el peligro para evitarlo (falta de huellas de frenado o de maniobra elusiva conforme los daños registrados por la instrucción fiscal) por lo que le resulta atribuible de modo exclusivo y excluyente la responsabilidad por el daño inferido sin que haya podido demostrar ruptura total o parcial del nexo causal, (ver v. gr. CS, mayo 19-1997.-R., M. R. c. P., D. E. y otro. Rev. ED del 4/12/97, SJ, pág. 41, n° 847).

En casos análogos se ha señalado que: “Cuando el siniestro se produce en una intersección con semáforos, el conductor debe sujetar su conducta a ellos ya que no es dable esperar que aquél que circula amparado por la

luz verde del semáforo tome precauciones ante la eventual súbita aparición de rodados cuyo paso se encuentra vedado por tal señal lumínica. Todo conductor tiene derecho a esperar que los demás respeten tan importante norma de tránsito" y que: "Al haberse producido el evento dañoso en una esquina semaforizada, corresponde al dueño o guardián de cada uno de los vehículos que intervino en la colisión responder por los daños causados al otro, salvo que se acredite una eximente idónea para desvirtuar la presunción de causalidad en su contra" (ver CNCiv., Sala J, 21/11/2017 –"R. M. L. c/ B. L. F. y otros s/ daños y perjuicios s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-108190-AR | MJJ108190 | MJJ108190; en igual sentido ante hechos análogos ver v. gr. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, Sala I, 29/05/2018 – "G. S. P. c/ C. S. y otros s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-115212-AR | MJJ115212 | MJJ115212).

Si bien lo dicho basta en cuanto a esta cuestión habiéndose subrayado la falta del uso del casco y otros elementos de seguridad estipulados por la reglamentación plantación de tránsito, doctrina y jurisprudencia coinciden en que en casos como el de autos en que la falta de casco no fue causa del accidente, cuyo único responsable es el accionado, de haberse constatado daños en la cabeza pudo haber tenido incidencia a los fines de graduar y cuantificar el daño (ver fs.79/81 Del Legajo de Investigación Fiscal y documental medica del autos). Bien se ha señalado que dicha circunstancia no tiene incidencia causal en el hecho ilícito, pero sí en la extensión del resarcimiento. Entonces, por ejemplo, cuando no se tiene colocado el casco en un accidente de tránsito el evento puede ser total responsabilidad del

demandado (autoría), pero quizás algunos daños hubieran sido menores si la víctima hubiese tomado dicha precaución (K., C. M.; "Proceso de daños", 2ª ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010, t, II, p.184; CNCiv., sala H, 14/03/2019 –"R. M. A. c/ R. E. C. y otros s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-118050-AR | MJJ118050 | MJJ118050). No es el caso de autos.

En cuanto a la falta de carne habilitante adoptando la postura más estricta en cuanto al incumplimiento administrativo se ha dicho que la ausencia de licencia no tiene relevancia causal en la medida en que se demuestre que el infractor poseía "idoneidad", entendida esta como las habilidades normales para la conducción de vehículos de ese tipo (ver v. gr. CCiv. Y Co. Mar del Plata, Sala II, 18/08/2016 –"R. D. J. A. c/ K. I. y otra s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-100407-AR | MJJ100407 | MJJ100407). Así no existe controversia en cuanto a la idoneidad del accionante, no elemento alguno de relevancia incidir en alguna de las eximentes propuestas al contestarse la demanda. Lo dicho basta para desestimar el agravio de la recurrente y así lo propongo al acuerdo.

El segundo agravio refiere a la procedencia y cuantificación de los distintos rubros indemnizatorios que conforman el resarcimiento y de allí, al habérselos cuestionado pero desde el extremo opuesto por la accionante, vale el tratamiento conjunto de todos ellos, comenzando por la crítica en cuanto a la estimación de la incapacidad sobreviniente.

Encontrándose acreditada la existencia y responsabilidad en el hecho, corresponde analizar los daños reclamados, su relación de causalidad con el hecho, y en su caso, los montos indemnizatorios. Tengo

en cuenta que ha quedado consentida la aplicación en este tramo del debate de la legislación actual.

Así, son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño, y excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art.1726 del CCyC); la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances, e incluye las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738 del mismo cuerpo legal) en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador (art. 1739 CCyC).

Insisto en cuanto a su contenido a los fines de evitar una doble indemnización y premiar de tal modo el abuso de derecho. Se debe tener en cuenta que "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, aún en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna" Sentado lo expuesto, el artículo 1746 prevé la indemnización del daño patrimonial por alteración, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica de la persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por

aplicación de un criterio matemático, como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial.

Persistiendo en la jurisprudencia establecida por nuestro más alto Tribunal, se sostuvo que "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida". Se infiere entonces, que la incapacidad sobreviniente opera como norma abierta o casi residual porque comprende con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (ver v. gr. "Supuestos de presunción legal indemnizable por fallecimiento, o incapacidad sobreviniente (artículos 1745 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación) (Parte II)" por J. Francisco González Freire en https://dpicuantico.com/sitio/wpcontent/uploads/2018/04/Freire-Civil-23.4-parte-II1..pdf).

A los fines de la cuantificación de la reparación debida por lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica total o parcial -teniendo en cuenta que se trata de una deuda de valor (art. 772 CCC)-, manda el ordenamiento conforme las pautas ordenatorias de los art. 1738, 1740, 1746 y conc. del CCC, meritar la proyección dañosa en las diferentes esferas de la vida de la víctima.

En función de ello, el órgano jurisdiccional debe estimar las consecuencias dañosas con un grado de prudente discrecionalidad. Se ha dicho que la "norma prevé la indemnización del daño patrimonial por alteración, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica de la persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por aplicación de un criterio matemático como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial", lo que se compadece con el art.167 del CPr./DJ. Y es que la utilización de las fórmulas matemáticas para la cuantificación del rubro en estudio no genera problemas de aplicación temporal de la ley. En materia de responsabilidad civil, la nueva normativa no ha hecho menos que recoger los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que preexistían y se encontraban ya vigentes a la fecha de su sanción (Confr. Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 158).

Pero insisto, sentado lo expuesto, el artículo 1746 prevé la indemnización del daño patrimonial por alteración, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica de la persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por aplicación de un criterio matemático, como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial tal como bien se señala en el trabajo de Freire, ya citado en párrafos anteriores.

En función de ello no cabe reproche por su uso en autos y en cuanto al porcentual de incapacidad estimado, cabe entender que lo ha hecho tomando en consideración que si bien el perito médico ha establecido el grado de

incapacidad, éste debe ser objeto de prudente valoración pues, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, los informes periciales aunque constituyen un elemento importante a considerar no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, debiendo asimismo, tenerse presente la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades económicamente valorables, como también, las cualidades personales de la reclamante (ver v. gr. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, 27/05/2019 –"P. M. c/ M. J. L. y otros s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M123926-AR | MJJ123926 | MJJ123926). En cuanto a éstas últimas resulta de utilidad el informe social señalado a fs. 1262 inc. i) de los considerandos (del Beneficio de Litigar sin Gastos, acordelado) avalado informativa y testimonial minuciosamente examinada en aquellos y el informe apuntado en el in. j) refiriendo al salario que se ha tenido en cuenta como realmente percibido durante la vigencia de la relación y resulta inadmisible el señalado en el recurso de la accionante referido a otro empleado y por lo que percibió en fecha 03/10/2018, dato señalado en el informe de fs. 1173, que resulta irrelevante a la causa. A no olvidar la forma en la que fue solicitada por la accionante a fs. 232 p. VIII, A y B, mediante pautas genéricas y distintas a las ahora pretendidas.

Que ha efectos de salvar los componentes de las formulas usuales en pos del ideal de la reparación integral, con sano criterio de equidad y sin duda, tomando en consideración la real y particular afectación individual y social del demandado tras estudio pormenorizado de la prueba rendida al efecto se

justifica el plus del 20 % determinante de la estimación del rubro y que a falta de agravios suficientemente fundados merezca su confirmación. Y es que se ha conducido respetando doctrina y jurisprudencia en la materia que señalan que el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente debe fijarse de acuerdo al prudente arbitrio judicial, que compute no sólo la entidad y trascendencia de las lesiones sufridas, sino también las condiciones personales del damnificado, como edad, sexo y actividad, etcétera, y la gravedad de las secuelas que pueden extenderse no sólo al ámbito del trabajo, sino a su vida de relación, incidiendo en las relaciones sociales, deportivas, culturales, etcétera. Se deben brindar las razones y argumentos que expliciten y funden el ejercicio de la prudencia judicial, ya que el juez no está obligado por el estricto seguimiento de criterios matemáticos, ni por la aplicación de los porcentajes laborales de incapacidad, que si bien son de utilidad, constituyen una pauta genérica de referencia." (ver Galdós, J. M.; "Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires" en "Revista de Derecho de Daños", Rubinzal Culzoni, nro. 3 del 2004 "Determinación Judicial del Daño - I", Santa Fe, pág. 65). No encuentro reproche al modo y cuantificación estimado por el rubro salvo en cuanto a la falta de tratamiento explicativo de la incidencia de las cicatrices de las cuales habla la pericia médica (fs. 862/871) incidiendo en el porcentual estimado y tomado en consideración en los fundamentos del fallo ya que en circunstancias análogas he entendido que desde el punto de vista médico legal, sólo interesan las cicatrices "viciosas", ya que las cicatrices normales, planas, libres, no retráctiles ni adherentes a los planos

profundos que no desfiguran, ni incapacitan en forma parcial ni permanente o que sólo provocan una incapacidad temporal no interesan, en tanto —según sus características— solo la cicatriz cutánea viciosa puede generar incapacidad laborativa (ver Medicina legal del Trabajo y Seguridad Social, Basile-Defilippis NovoaGonzález; págs. 102 y ss., Edit. Depalma—, 1994) (ver v. gr. CNTrab., sala VIII - 12/07/96 -"A., W.c/ T. y E. I. N. P., S.A."- Cita: MJ-JU-M-34455-AR | MJJ34455 | MJJ34455). Así, al no haber sido impugnada la pericia en cuanto al punto torna insuficiente la queja actual (fs. 1307vta.). Propongo en consecuencia confirmar el fallo en cuanto al rubro.

Ahora bien lo que de ningún modo resulta justificable que, si como he señalado, tanto doctrina como jurisprudencia conforme pautas recomendadas por nuestro Máximo Tribunal Nacional señalan que el rubro Incapacidad Sobreviniente contempla la reparación por lucro cesante y perdida de chance al igual que tras el plus concedido la reparación por frustración del desarrollo pleno de la vida, se vuelva sobre los mismos agravando abusivamente el reclamo. De ningún modo tales rubros deben ser admitidos de modo autónomo e integrar el fallo. (ver criticas de fs. 1309 p. 4.2 y 1310vta.p. 4.3).

Antes de avanzar, destaco que cuando referí a la irrelevancia en el caso del uso del casco por no constar en toda la documental médica como daño ocurrido consecuencia del siniestro lesión en la cabeza o lesión bucal con pérdida de piezas dentarias (ver documental medica de autos y prueba del Legajo Fiscal acordelado) y que pese a integrar el resarcimiento (fs. 235vta. 6° párr.) sin aportar prueba fehaciente al hecho y que fue

controvertido al momento de contestar la demanda ya que el representado por la Defensa Oficial advierte sobre acumulación exorbitante de rubros (fs. 32vta. in fine). Como bien se ha dicho, dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del "Estado de Derecho", una buena solución solo se obtiene por medio de una decisión legitima (es decir, apropiada y justa). Una decisión no es legítima si las normas que regulan el caso no se aplican adecuadamente a ese caso específico: es decir, si la norma no se aplica adecuadamente a los hechos a los que debe ser aplicada. Para poder hacer esto deben determinarse verdaderamente los hechos reales del caso. Dicho de manera sucinta: ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente. En consecuencia, un procedimiento en el cual los tribunales ni siquiera tratan de llegar a la verdad es, de manera manifiesta, un procedimiento injusto, pues en la base del procedimiento yace el objetivo de llegar a la verdad ("La prueba y la búsqueda de la verdad" por Dos Santos, Gabriel A. en https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=6620 5), tales las razones por las que considero inatendible tal reparación en el rubro gasto odontológico por la suma de $ 55.000 y debió desestimarse, y así lo propongo al acuerdo.

La actora en su demanda solicitó la integración del presunto daño psicológico a la incapacidad sobreviniente (fs. 233vta. inc. b) y al no haber sido, en su consideración atendida en el fallo ahora pretende su otorgamiento como daño autónomo (fs. 1317vta.) lo cual es severamente rebatido por su oponente a la hora de contestar (fs. 1344 p.b).

Ya me he manifestado en cuanto al tema por la falta de autonomía del rubro y en tal sentido se lee que en la jurisprudencia prevalece la tesis clásica de que el daño psicológico no constituye un tercer género de daños entre el moral y el patrimonial, pues el padecimiento de una lesión de este tipo puede incidir en forma indistinta y aún simultánea tanto en el daño moral como en el daño patrimonial.

Esta posición tradicional sostiene la ausencia de autonomía indemnizatoria del daño psíquico el que repercute en la órbita patrimonial o moral, y ello es así tanto se sostenga que el daño es la minoración de un interés jurídico, que es la lesión a un bien que el daño se refiere a las consecuencias desfavorables que provoca en el patrimonio o en el espíritu.

Iribarne, estudiando el tema, se hace cargo de sus dificultades y si bien propugna reconocer la autonomía conceptual del daño psíquico señala que, para no multiplicar los items resarcitorios, se deben considerar sus efectos en la esfera patrimonial, en la extrapatrimonial o en ambas, sin que se la conciba como un “tertium genus”. Esta opinión fue expresamente recogida por Bustamante Alsina. (ver “Daños a las personas” por J. Mario Galdós en RCyS 2005-35).

Además he adherido a la postura que señala que al no constituir una categoría distinta del daño material o moral, no siendo procedente su resarcimiento autónomo en tanto nuestro Código Civil sólo receptó dos tipos de daños resarcibles: el material y el moral (Trigo Represas, F.-López Meza, M. "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. I, p. 502/503, ed. 2005). De ese modo, aquel puede presentarse como un daño material, produciendo por ejemplo un grado de discapacidad,

correspondiendo entonces su reparación como incapacidad sobreviniente, y dar lugar también al resarcimiento de los gastos del tratamiento psicoterapéutico si correspondiere.

En síntesis, el daño psicológico puede presentarse como daño material y producir incapacidad psíquica, en cuyo caso se lo resarcirá como incapacidad sobreviniente y también puede dar lugar al resarcimiento de los gastos de tratamiento psicológico. En cambio, cuando no trasciende como incapacidad sino que queda reservado a la vida interior se lo ponderará al determinar el daño moral (ver v. gr. CNCom., Sala D, 14/05/2015 – "O. M. L. c/ T. de B. A. S.A. y otros s/ ordinario"- Cita: MJ-JU-M-92740-AR | MJJ92740 | MJJ92740).

De ningún modo fue desoído el reclamo y conformando las pautas de estimación del daño moral y en cuanto a su repercusión patrimonial razonablemente acogido como tratamiento de futuro, lo que aquí es confirmado en la suma de $38.400.-según lo estimado en primera instancia, y cuya justificación se encuentra en los datos de necesariedad que arroja la pericia psicológica de fs. 944/951vta.; en consecuencia resulta insuficiente la queja de la citada en garantía y propongo su rechazo. En su momento volveré sobre tales puntos ya que ambos también han sido motivo de críticas por ambas partes, desde el punto de vista de quien tuvo que soportar la condena, tal como luce a fs.1311 p. 4.4, la insuficiencia de la queja a la luz del art. 268 CPr/DJ no deja lugar a dudas y en cuanto a la procedencia y cuantificación del daño moral (fs. 1311vta. p. 4.6) denuncia la falta de prueba pese a la existencia del hecho y la lesiones sufridas y más allá de haber intentado eximirse de responsabilidad existe prueba

cierta respecto de las lesiones que sufriera el actor. Es sabido que como cualquier otra especie de daño, el daño moral debe ser cierto; y, como principio, esta certeza, la existencia misma del demérito, merece prueba a cargo de quien reclama. Sin perjuicio en que hay supuestos en los que aparece a la sensibilidad del común con notoriedad, evidencia, 'in re ipsa'; y son aquéllos en que, por ejemplo, hay lesiones personales o muerte de seres cercanos (Conf CNCiv sala L, 22/11/2007, "C. C. M. c/ G. R.D. y otros s/ daños y perjuicios" Cita: MJ-JU-M- 17585-AR | MJJ17585 | MJJ17585) así también se lee en situaciones análogas que no hay dudas que las lesiones sufridas por el actor como consecuencia de este hecho, le han generado incomodidades, dolores, inseguridades, etc. Lo que deberá ser compensada pecuniariamente, sin necesidad de acreditación alguna, ya que el daño moral tiene que ver con una lesión a los sentimientos, afecciones y padecimientos personales sufridos en su estado anímico, y que fuera provocado por este hecho causante. Es decir que el rubro deberá prosperar pues no puede dudarse que ello ha comprometido las afecciones más íntimas del actor, circunstancia que se encontraban contempladas en el art. 1078 del CCiv. y en los actuales 1738 y 1741 del CCyC. (ver v. gr. "Procedencia de la indemnización por daño moral en accidentes de tránsito, aun cuando no se causen lesiones psicofísicas a la víctima" por Burgueño Ibarguren, Manuel G. de fecha 15-jul-2011 en Cita: MJDOC-5407-AR | MJD5407 y Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, Sala VI, 21/05/2014-"C. E. A. c/ R. J. A. y otros s/ daños y perjuicios"- Cita: MJ-JU-M-88998-AR | MJJ88998 | MJJ88998).

La accionante en su recurso critica las pautas de cuantificación del rubro en cuestión a fs. 1321. Es sabido que efectos de su reparación no queda reducido a compensar el clásico "pretium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir -"lato sensu"-, de querer y de entender (conf. 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", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, pág. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III- 902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I- 727 a 732). Se trata de proporcionarle a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (ver v. gr. Iribarne, op.cit., Galdós en Lorenzetti (dir), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni, t. VII, p.503 ss).- En este contexto, no cabe duda alguna que el hecho de autos tuvo entidad para provocar angustias, sinsabores, miedos, inseguridad, retraimiento y dificultades tanto en la vida social como en el ámbito familiar y social para la víctima de autos, tal como surge de toda la prueba médica adquirida en autos a lo que se suman los dichos testimoniales no impugnados y el informe social al cual ya he hecho referencia.

En razón de lo expuesto y debiéndose integrar con la prudente estimación referida a la alteración psicológica que requiere también tratamiento de futuro,

en base a la pericia de fs. 944/951vta., estimo que las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, quedan satisfechas en el caso incrementado lo otorgado hasta la suma de $ 600.000. Y así lo propongo al acuerdo.

La cuestión referida a la asistencia personalizada, desde su origen se redujo simplemente, conforme la mera objeción condicional opuesta a fs. 323vta. y probada que fuera tal como bien se señala en el fallo a fs. 1273p. 6, deja sin sustento la queja actual de la citada en garantía que por su parte lo objeto de modo generalizado, minimizando la controversia. No se han cuestionado los gastos médicos comprendidos en el p. 2 de fs. 1269, salvo en cuanto al gasto por tratamiento odontológico, lo cual se compadece con lo dicho al tratar el rubro.

Nada puede discutir la demandada en cuanto a la tasa de interés establecida en el fallo ya que no fue materia de controversia y es la que de común se utiliza en casos análogos por este Tribunal y en cuanto al resto de los tratamientos de futuro ya se señaló la insuficiencia de la queja. Por lo expuesto el recurso de apelación interpuesto por la demandada tiene acogida parcial y se tiene por introducida la Cuestión Federal.

Pero falta aún dar tratamiento a cuestiones planteadas por la accionante, esto es, el séptimo agravio de fs. 1325 que refiere al rechazo de los rubros daño material y privación de uso de la motocicleta, tratados y desestimados en el fallo a fs. 1274 p. 8.

Que a fs. 239vta. p. 9 y 10, estima la reparación a la fecha de la promoción de la demanda (07/10/2013 conf. cargo de fs. 249vta.) sin acompañar comprobante

alguno por las razones que da, en $ 10.000 y en cuanto a la privación de uso y por el tiempo de reparación que estima en dos meses la suma de $ 4.000. No acompaña presupuesto alguno.

Se rechazan ambos rubros por la falta de titularidad del bien siniestrado olvidando que tanto doctrina y jurisprudencia de modo pacífico tal como se señala en el plenario “B., N. R. c/ P., E. C. y otros" del 30/12/1985, que "el usuario, entendiendo comprendido en tal concepto todo aquel que haga valer el derecho que le confiere su calidad de poseedor, usufructuario, usuario -este último en los términos del art. 2948 del Código Civil(hoy 2154) - está legitimado para reclamar indemnización por los daños sufridos por el rodado aunque no haya efectuado o pagado las reparaciones, y sin que a ello obste que no se haya probado la calidad invocada en la demanda si se acredita otra que dé derecho al resarcimiento".(ver v. gr. CNCiv., Sala L, 30/09/2008 –“P. H. A. c/ D. L. M. A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trans. c/ les. o muerte)”- Cita: MJ-JU-M-38939-AR | MJJ38939 | MJJ38939

Entonces, comprobado su carácter de poseedor o de usuario, aunque no hubiera demostrado la titularidad dominial, será suficiente para admitir su legitimación. En autos el actor conducía el vehículo en el momento del accidente y acompañó un presupuesto por el costo de las reparaciones extendido a su nombre. Ello resulta suficiente a fin de admitir la legitimación para efectuar este reclamo tal como se apunta en el plenario.

El actor debe probar el daño que invoca y ello es esencial extremo constitutivo de la acción resarcitoria; a lo que se agrega que la certeza o realidad del daño

atañe no sólo a su existencia, sino también a su composición, por lo que no basta la prueba de que se han producido daños, si se ignora qué circunstancias, modalidades y gravedad revisten, esto es, los daños deben probarse de modo concreto. Pero no cabe confundir el requisito de la certeza o existencia misma del daño, con la determinación del alcance económico de la indemnización, pues en esta última faena rige una mayor liberalidad probatoria. Es decir que mientras, en principio, el daño debe estar probado al tiempo de la condena resarcitoria, los sistemas procesales instituyen para el monto algunas liberalidades probatorias, como sucede con nuestro código de forma que autoriza la fijación prudencial del monto por el juez, lo cual supone subsanar jurisdiccionalmente el “onus probandi” al respecto (conf. Zavala de Gonzalez, Resarcimiento de daños, El proceso de daños, tomo 3, págs.176, 177, 178, 181, 182 y 183).

La autora citada vuelca un concepto sumamente claro en orden a la cuestión que nos ocupa, y así señala que "El esfuerzo probatorio exigible al actor es mucho más riguroso en lo que atañe al daño mismo, que en cuanto a su valor. En este último ámbito tiene superior operatividad el ejercicio discrecional de las atribuciones judiciales, lo que conduce a una cierta flexibilidad en la valoración de la prueba sobre el monto" (ob. cit. pág.237). Y en ese marco conceptual se inscribe el último párrafo del art.165 de nuestra ley procesal provincial (ídem a nuestro art 167 CPr/DJ), que dispone: "La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto". Así sostiene Camps, en comentario

a esta norma, que en su último párrafo resuelve el supuesto de que la entidad de un crédito o de los daños causados (quantum debeatur) no se encuentre justificada. Para este caso, ordena al juez fijarla en sentencia siempre que la causa de la acreencia o de los detrimentos (an debeatur) se encuentre comprobada debidamente. Esto es -naturalmente- condición esencial como lo señala la Corte cuando expresa que el art.165 del CPCC cobra virtualidad en cuanto a la determinación judicial del monto de condena, siempre que la existencia del crédito o de los perjuicios reclamados esté legalmente comprobada. Por el contrario, se ha sostenido que el perjuicio para que sea compensable debe ser cierto y probado; desde que no fue acreditado un daño efectivo, el juzgador carece de base para fijar su importe resultando inaplicable lo dispuesto en la norma citada. (ver v. gr. CCiv. Y Com. de Azul, Sala II, 05/05/2015 – "D. P. S.A. c/ B. D. G. o S. y otros s/ daños y perjuicios" - Cita: MJ-JU-M-92341-AR | MJJ92341 | MJJ92341).

Tanto de lo que surge de la prueba común adquirida en autos que emerge del Legajo de Investigación Fiscal como de las constancias de la causa, el daño es cierto y determinado por lo que estimo prudente la suma estimada en la demanda y que no fue controvertida más que de modo genérico al momento de contestar la demanda por el responsable y por la recurrente, - vale recordar que la negativa genérica e indeterminada no satisface el requisito legal, pues la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula, por categórica que sea su redacción, sino que debe apoyarse en alguna razón que la justifique. La negación debe ser fundada, sea mediante la alegación de un hecho contrario o

incompatible con el afirmado por el actor o a través de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho (Conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, Lexis N° 2509/001255), por lo que cabe revocar el fallo y hacer lugar al reclamo por la suma de $10.000, suma que estimo prudentemente estimada, con más sus intereses desde la fecha de la notificación de la demanda a la tasa establecida en el falo para el resto de los rubros.

Además, habiendo sostenido reiteradamente que la mera privación de un vehículo, durante el plazo que demande su reparación constituye un daño resarcible, sin que sea impedimento la ausencia de comprobantes o la falta de elementos probatorios que demuestren de modo directo y preciso la existencia de un perjuicio inmediato y positivo, pues se presume, en principio, que quien tiene y usa un automotor no lo hace de puro gusto, sino por llenar una necesidad y contribuir al desarrollo de sus actividades (ver v. gr. CNCiv., sala L, 05/18/2013 –"G. F. c/ L. X S.A. s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)"- Cita: MJJU-M-80826-AR | MJJ80826 | MJJ80826) ante la misma conducta asumida por quienes deber ahora responder a la hora de contestar la demanda, tiene acogida el agravio y revocando la sentencia en cuanto al punto procede el reclamo por la suma estimada, en función de los daños sufridos por la moto y el tiempo que llevaría conseguir presupuestos y reparación, por la suma de $ 4.000 con más sus intereses en igual forma que el ítem anterior.

Por todo lo expuesto, y en orden a la actual pretensión de la aseguradora propongo revocar el fallo en cuanto al monto estimado por lucro cesante, perdida de chance, y gastos odontológicos por la suma de $55.000. En cuanto a los reclamos de la actora, se debe

revocar el fallo en cuanto al acogimiento del reclamo por daño material en la motocicleta y por la suma de $ 10.000 y la privación de uso por $4.000 ambos estimados en la demanda por lo que los intereses correrán desde la notificación de la demanda. Además, si bien se rechazan los agravios en cuanto al monto estimado por daño moral, al corregirse el mismo por la inclusión de la incidencia por daño psicológico (art. 167 CPr/DJ), se incrementa hasta la suma de $ 600.000. En todo lo demás se mantiene firme el fallo.

Que si bien se ha corregido el monto de la condena en lo sustancial entiendo que existe un claro vencedor por lo que las costas de ambas instancias pesan sobre la demandada y en cuanto a la regulación de honorarios ala haberse calculado en porcentuales se ajusta a lo propuesto sin que alcance lo ordenado por el art. 282 CPr/DJ, los honorarios de la Alzada se calcularan al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas de la ley XIII nos 4 y 15. Se tiene por introducida, por ambas partes, la Cuestión Federal.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo.

Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación articulados por los recurrentes, por lo que procede corregir el monto de la sentencia de conformidad a los considerandos pertinentes por lo que prospera por la suma de $ 1.777.155,13 por incapacidad sobreviniente; por gastos médicos $ 65.000; por atención personalizada $ 72.000.; por daño moral$ 600.000.; Por tratamiento presente y a futuro $38.400.- Por daño material $ 10.000 y por privación de uso $ 4.000. Todo con más sus intereses del modo establecido en el fallo y en cuanto a los rubros daño material y privación de uso conforme o establecido en los considerandos del presente voto.

Se imponen las costas de ambas instancias a las vencidas y se difiere la regulación de honorarios de la Alzada al momento del acuerdo teniéndose presente la introducción de la Cuestión Federal.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs.1252/1277, por la que se hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada E. M. M. a pagar en plazo de 10 días al señor J. S. D., la suma de $ 3.299.534,50, con intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina y estableciendo los rubros componentes y con más el daño moral por la suma de $ 400.000, la suma de $ 82.979,40 por lucro cesante a partir del periodo de reserva de 12 meses y Hasta la extinción de la relación laboral, a partir del 1 de mayo 2012 la suma de $ 38.000 por tratamiento Psicológico desde el 3 de agosto de 2015. En el punto 2do. extiende los efectos a la Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A. (art.118 LS). Pone las costas a la demandada y regula los honorarios profesionales.

Apelan la citada en garantía a fs.1278 y la parte actora a fs.1279. Los recursos se conceden a fs.1282vta.

Los agravios de la parte citada en garantía se glosan a fs.1300/1312, donde de inicio reserva la cuestión federal y señala los términos del pronunciamiento.

Centra el primer agravio en lo que considera la errónea apreciación de la prueba y refiriendo la sentencia, dice que el Juez analiza la prueba accidentológica de la causa penal del experto G., a cuyo respecto la apelante entiende que el mismo pudo determinar cuál de los dos vehículos que participaron

en el siniestro cruzó con luz roja. Contextualiza la expresiones y su conclusión que la causa primaria y altamente probable del accidente el hecho de atravesar el semáforo con luz roja a su frente por parte del conductor de la motocicleta roja y como causas secundarias, el desarrollo de velocidades superiores a las permitidas por parte de los conductores involucrados.

Frente a tales conclusiones la sede penal considera que las lesiones sufridas por D. recaen exclusivamente sobre su persona y deciden el archivo de la causa.

Critica al fallo que por tal motivo sostiene debió ahondar respecto a tales cuestiones, porque fueron ofrecidas como prueba y que sin perjuicio de no resultar un caso de prejudicialidad, estima que se expiden pronunciamientos contradictorios caros a la seguridad jurídica.

Lauda en favor de lo que considera mayor jerarquía científica a la pericia penal y en cambio en la pericia civil el perito dice que no puede determinar cual de los dos vehículos cruzó el semáforo en rojo, imposibilidad que no existió para el perito G.

Desestima las consideraciones de la sentencia para descartar la prueba pericial de la sede penal, por cuanto el perito omite el cálculo de tiempo del paso de luces de los semáforos, refutando que el perito se hizo presente en el lugar del hecho a los fines de las mediciones y los cronometrajes a los fines periciales; que la sentencia nada dice de la cosa peligrosa conducida por D., a exceso de velocidad, tampoco tratados por el perito. Desestima asimismo la recurrente la declaración del testigo R. J. M. por su

apreciación subjetiva de “quien golpeó a quien”, sin dilucidad cual de los involucrados cruzó indebidamente.

Acusa asimismo de imprudente la conducta de D. y circular infringiendo normas de circulación, sin casco, sin licencia de conducir y a exceso de velocidad. Alude a la teoría de los actos propios por ser el actor causante de sus propios daños y que sumado a la pericia experto G. que la responsabilidad del actor deviene ineludible.

Subsidiariamente impugna los rubros indemnizatorio y el *segundo agravio* denomina: *La exorbitante indemnización por incapacidad sobreviviente y afectación de la vida de relación.*

Salvando su postura precedente considera a todo evento que se magnifica la incapacidad sobreviniente, que la jurisprudencia de la Cámara determina que las conclusiones de los auxiliares de la justicia no resultan obligatorias y que fuera ineludible aplicar fórmulas actuariales.; que dentro del porcentaje por incapacidad del 53,2% hay un 10% atribuido a cicatriz deformante de una pierna, supuesto daño estético; que la incapacidad sobreviniente no se confunde con incapacidad laborativa y se encuentra acreditado por el licenciado en trabajo social que con posterioridad al siniestro el actor continuó realizando trabajos que requieren esfuerzos físicos. Critica la utilización de la fórmula matemática y debe observarse la doctrina de la CSJN cuando critica por abusivas los resultados desproporcionados.

Sostiene que tales extremos de suma exorbitante resultan del presente juicio cuya morigeración debe quedar a la razonable discreción de los jueces.

Tercer agravio. La infundada indemnización por pérdida de chance. Impugna el monto de $ 800.000 por pérdida de chance, cuando de las constancias de autos entiende que la E. C., donde trabajó D., decidió desvincularlo, cuando pudo reservarle el puesto de trabajo conforme al art.212 L.C.T., cuyas previsiones señala; que tampoco se acreditan perspectivas laborales presentes o futuras, entendiendo que existe una confusión conceptual acerca de la pérdida de chance. Transcribe la doctrina de los autores sobre el instituto.

Cuarto agravio. La infundada indemnización por lucro cesante. Dice que los mismos argumentos que los vertidos para la pérdida de chance, el que resulta impropio e inadmisible, dado que indubitadamente la patronal C. SRL. adoptó una decisión ajustada a sus necesidades y nada tuvo que ver en la merma del cobro de su salario; que por otra parte no existe un derecho adquirido en el derecho vigente para la realización de horas extras y que tampoco corresponde se le pague al actor porque la empresa no le abonó el salario.

Quinto agravio. La infundada indemnización por tratamientos terapéuticos presentes y futuros.

Opone que el actor no acredita haber realizado tratamiento psicológico o similar y mucho menos por la suma de $ 38.500.

Sexto agravio. La infundada indemnización por asistencia personalizada presente y futura.

Impugna las partidas estimadas para los rubros señalados en las sumas de $ 72.000 a razón de $ 3000 mensuales, durante dos años, los observa porque no se acompañan recibos ni transferencias bancarias, como

tampoco la acreditación de la persona que hipotéticamente estaba a cargo de su cuidado.

Séptimo agravio. Rechazo de daño moral. Opone que la noción de daño moral se encuentra ligada al concepto de desmedro extrapatrimonial, lesión a los sentimientos y a las afecciones, con determinación prudencial del "precio del dolor" y que no se constituya en un enriquecimiento indebido.

Peticiona finalmente se tengan presente las impugnaciones, el rechazo de la demanda y la imposición de costas a la parte actora.

Agravios de la parte actora de fs.1315/1326vta. A) la utilización de $ 4.189,29 como base de cálculo cuando debería ser $ 35.536 (850% de diferencia).

Impugna la cuantificación, con base en los parámetros que – dice – viene exponiendo, establece el monto por el rubro en la suma de $ 1.480.962,61, al que corresponde adicionarle discrecionalmente el 20%, por lo que establece por incapacidad sobreviniente en la suma de $ 1.777.155,13.

Critica la base adoptada por la sentencia, un promedio del año anterior al siniestro y que debe ser la informada que correspondía al actor en la categoría por la empleadora a finales del 2018 (fs.1173). Sostiene lesión en los derechos del actor, pues no alcanza ni siguiera a equilibrar el verdadero daño. Segundo agravio: El arbitrario rechazo del rubro daño psicológico.

Opone que pese a la promesa del fallo de tratar el daño psicológico a en la oportunidad de la moral, no lo hace ni tampoco funda su rechazo. Alude a la pericia de la Lic. F. M., de cuyas valoraciones aunque las señala no extrae conclusiones, pese a que de la

misma surge un cambio en la vida de relación. Señala las consideraciones de la pericia respecto a las alteraciones de la personalidad del actor hasta llegar a señalar el porcentaje de incapacidad del 20%. En título específico argumenta sobre la autonomía del daño psicológico como rubro indemnizable, sin desconocer la jurisprudencia local a partir del S.T.J. Cita la doctrina de A. y que el art.1746 ha reconocido su autonomía.

Tercer agravio. La evidente omisión de considerar los reales gastos médicos, kinesiológicos, odontológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros, que se desprenden de la pericial médica (puntos 2, 4, 6 y 15).

Transcribe los fundamentos del fallo a fs.1318/1318vta. y en cuanto señala lo que dice en conclusión, que: Configurado el daño y sus secuelas, tanto físicas como psíquicas, establecida la magnitud de los mismos y expuestas las pautas de tratamiento, considero ajustada a derecho la suma reclamada por el actor porque conglomera los gastos de los tratamientos médicos estipulados por el perito médico y el perito odontólogo, por lo que viabilizo la presente partida en la suma de $ 120.000.

Contrapone a esta conclusión la recurrente que es evidente que la suma que la sentenciante viabiliza para el Rubro reclamado resulta exigua sobre la base de la prueba rendida y que la misma sentencia alude y considera como fundamento del decisorio, alegando que su parte peticionó en lo que en mas o en menos resulte de la prueba. Sobre la base de lo que dice el perito sostiene la alegante que se e videncia que se ha omitido en forma totalmente arbitraria los gastos médicos

pasados y futuros, detallados en la pericial de los puntos 2 y 4 (por la suma de $ 232.000 y más el punto 4 – anestésicos y medicamentos de múltiples operaciones quirúrgicas, estimado en $ 300,000), 6 (secuelas, consultas, traumatológicas, rehabilitación y terapias, costo mensual de $ 6000 y calzado ortopédico reajustado cada 8 meses, $ 12.000), de todo lo que señala el tratamiento no podría ser inferior a dos años. Establece cálculos de futuro respecto a la edad de la víctima y su proyección a los 75 años, como asimismo respecto a la cirugía estética. Critica en consecuencia los montos establecidos por la sentencia, concluyendo que en definitiva el monto del rubro no puede ser inferior a $ 1.000.000.

Cuarto agravio. El irrazonable y exiguo monto fijado por pérdida de chances – La desproporción con la jurisprudencia local.

La pérdida de chance a consecuencia que el actor D. perdió su empleo a consecuencia del accidente queda expuesta en los términos de la sentencia que se transcribe, con antigüedad de cinco años y un ascenso de categoría. Considera que la sentencia pondera en general las cuestiones medulares, pero omite la referencia del informe de la ex empleadora que cuenta con un área de servicios petroleros. Trae a colación jurisprudencia de esta Cámara como parámetro sobre el punto, por lo que entiende que los $ 800.000 actuales que la sentencia otorga al actor, no se compadece con tal antecedente.

Quinto agravio. Irrazonable monto indemnizatorio establecido para el rubro daño moral.

Se agravia por el exiguo monto por daño moral. A las consideraciones de la sentencia – que transcribe –

y que determina el daño moral en la suma de $ 400.000, pero opone que señala los fundamentos por los que establece dicho monto. Sostiene que son cuantiosas las pruebas producidas demostrativas de la importancia del daño moral; que no considera la gravedad de los padecimientos cuanto estuvo en el límite de perder una pierna por las múltiples intervenciones quirúrgicas, durante dos años debió someterse a constantes intervenciones. Señala las consideraciones de la psicóloga que se advierten como reactivo al motivo del accidente ansiedades depresivas de actual vigencia como correlato del deterioro de la pérdida de la plena autonomía motriz, incluso refiriéndose a la opinión médica que consideraban una inevitable amputación durante su internación.

Por ello estima que el daño moral no puede ser inferior a la suma de $ 900.000.

Resulta irracional e ilógica la indemnización fijada si de la coteja o compara con la jurisprudencia local para supuestos analógicos.

Que sin perjuicio de lo que deja expuesto amplía la fundamentación por las razones señaladas en el titulado, cita caso de la Sala A., los autos caratulados "P. G. A. A. y otra c/C. E. R. y otros s/sumario (daños y perjuicios), otro caso de la Sala B. y funda en doctrina el justo modo comparativo de los casos de la jurisprudencia como alejamiento de la arbitrariedad.

Sexto agravio: Violación al derecho constitucional de la reparación plena.

Que conforme con la jurisprudencia de la CSJN y receptado en el CCyC vigente, fundamenta que la insatisfacción de tal objetivo agrede el principio de

no volver a gozar de los bienes dañados y cita la doctrina que establece que la reparación integral es principio basal del sistema de la reparación civil que obliga a particulares y al Estado.

Séptimo agravio: Arbitrario rechazo de los rubros daños material y privación de uso de la motocicleta – Contradicción.

Niega la sentencia tal reparación por cuanto el actor no ha probado la titularidad respecto a la motocicleta M. en tanto la recurrente transcribe los fundamentos del fallo y funda en contrario que la conclusión de la sentencia es contraria al derecho vigente, encontrándose sentada por la jurisprudencia y la doctrina que la reparación respecto a la cosa dañada no solo se concede al titular registral sino a quien detenta la posesión o tenencia al momento del siniestro y en dicho marco al tenedor simple, usuario y al usufructuario.

Mantiene la reserva del caso federal.

A fs.1330/1339 la parte actora contesta los agravios de la parte citada en garantía.

A fs.1341/1351, contesta a su vez la Aseguradora los agravios de la parte actora.

Como orden para el tratamiento de la controversia se siguen los agravios de la citada en garantía C. de S. L. M. A. S.A. y la concurrencia – en su caso – de las alegaciones de la parte actora y pretensión accionable por las que accionara.

Los agravios de la Empresa Aseguradora precedentemente reseñados, comenzando por el primero cuando analiza las consideraciones del fallo para desentrañar sobre quien pesa la responsabilidad, oponiendo como dirimente del fondo de las cuestiones

planteadas conceptos extraídos de la investigación penal, tiene los alcances que a su respecto es el juicio civil el que cierra las conclusiones sobre los alcances pretendidos.

Comienza la apelante con el análisis de la pericia del Lic. M. G., tiene el lógico interés de la exponente detallando los contenidos de la exposición del mismo en el caso Penal N° 38.803, de fecha 17/10/2011, con lo que destaca las concepciones del mismo en cuanto se expide sobre la causa primaria y altamente probable del hecho de atravesar el actor y como causa secundaria el desarrollo de velocidades superiores a la permitida para la zona del siniestro, a lo que suma el pronunciamiento del Ministerio Público Fiscal, que la causa del siniestro fue exclusiva responsabilidad del accidentado al cruzar la intersección de la Avda. Polonia y O'Donell con el semáforo en rojo.

Tales concepciones que realza la alegante y refuerza con la calidad profesional del experto, tiene un justo límite impediente de tamaña conclusión, la denominada "causa altamente probable" no es la prueba misma que en efecto la motocicleta se condujera transcurriendo el trazado con semáforo en rojo. Adviértase lo dictaminado en la pericia civil de fs.1060/1065, que no existen datos suficientes para determinar que vehículo cruzó en rojo porque no se visualiza en los semáforos del video, que el vehículo VWGol circulaba a velocidad superior a los 70 km/h. y resultó vehículo embistente.

La conclusión del Ministerio Público Fiscal y la remisión de la causa al archivo, es interpretación que le atañe a los fines de la decisión que adopta, pero

tanto no constituye cuestión prejudicial en autos como se señala y adviértase, la exclusividad que le adjudica al motociclista, deja en el camino el exceso de velocidad que le asignaba la pericia penal al conductor M.

La pericia penal en sí misma no suministra la conceptualización pretendida, a cuyo respecto asiste razón a la oponente actora por resultar de carácter unilateral ajena al control de su parte.

Ha avanzado el Ministerio Publico a una rotunda afirmación que no proporciona el trabajo pericial, menos reporta un acercamiento a un caso de prejudicialidad. Solo la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en sede civil, tanto acerca de la existencia del hecho principal que constituye el delito, como respecto de la culpa del condenado (Cám.Nac.Civ., Sala A, 5/10/90, "L.L.1991, n° 89.439; C.N.Com., Sala A, 21/11/86, "L.L." 1987-D-55).

Empero toca ahora enervar que tanto los cuestionamientos que se han dejado expuestos como la amplitud del agravio constituido sobre la concepción del cruce en rojo del actor, asimismo el Sr. Procurador Fiscal y por las que resuelve el archivo de la causa, o las exigencias de la relación de causalidad siempre desde el sumario penal, ó la desestimación del testigo M. sobre "quien golpeó a quien", tales alegaciones resultan estériles en la presente causa civil, pues importan alzarse contra las conclusiones de la pericia ya aludida (fs.1060/1065), la que quedó firme en ausencia de cuestionamiento en la misma primera instancia, pero por otra parte no responde a las exigencias del art.268 CPr., toda vez que la sentencia desarrolla los conceptos por los que recepciona la mentada declaración del testigo R.

J. M. que circulaba en una camioneta de traslado de personal y cuando se acercaban a la intersección del accidente los pasó un auto VWGol y vieron que el rodado que los pasó "se llevó puesto a un hombre en una moto" (la sentencia a fs.1265vta.). De inmediato deja sentado el fallo las normas violadas por el accionado E. M. M., los arts.48 ap.b Ley 24.449 – dominio del automotor - y arts.50, 51 y 52- exceso de velocidad.

La pericia de autos del perito accidentólogo J. D. A., además de las conclusiones precedentemente señaladas, confirma la máxima de la evidencia de culpabilidad del hecho, que el embistente es el conductor del vehículo VWGol, conduciendo a exceso de velocidad y no advirtiendo que el rodado menor ya finalizaba el cruce por la intersección O'Donell.

Los cuestionamientos respecto a la falta de licencia para conducir, carece de incidencia decisoria para modificar, ya que la falta de tal elemento no exculpa cuando el obrar antijurídico es imputable a quien está habilitado (C.N.Civ., Sala B.,29/11/74, J.A.27-444; S.T.J. Chubut, 5/3/75 J.A.1976-II-616). La carencia del casco por otra parte carece asimismo de toda incidencia en el caso planteado, por el lugar de los daños corporales. Los puntos tratados por la sentencia a fs.1266, sin que se demuestre su error.

La pericia accidentológica no fue impugnada por las partes resalta la sentencia a fs.1259, 2do.párr., con lo que los agravios por la interrupción del nexo de causalidad resultan inadmisibles y firmes las conclusiones de la producida a fs.1060/1065 (Conf.arg.art.477 Ley XIII N° 5 del DJP y concord.jurisprudencial: "No habiendo sido impugnada la pericia en primera instancia, no puede serlo en la

Alzada – C. 2° La Plata, Sala 3ª, 15/10/74 – C., A. L.v. G., F. C – en J.A.1976-IV-116, n° 5).

Por lo todo lo expuesto se rechaza el agravio de la parte citada en garantía.

Subsidiariamente la parte citada a fs.1306vta. y ss., apela los rubros indemnizatorios, los montos establecidos en la sentencia y considera en el segundo agravio exorbitantes los montos por incapacidad sobreviniente y afectación de la vida de relación (fs.1307).

Contra el concepto generalizado que adjudica a la Cámara respecto a la ausencia de obligatoriedad del resultado de las pericias, debe responderse que es propio que los jueces resuelven conforme a derecho de acuerdo a lo peticionado y la eficacia del dictamen se encuentra dentro del ámbito previsto en el art.481 Ley XIII N° 5 del DJP. Entonces cuadra ver lo que analizó la sentencia y ésta ha seguido todo el proceso de los daños y hechos desencadenantes de la convalecencia del actor, las historias clínicas del H. R., del I. A. de D. y T. C.A.B.A., de la C. B. – C.A.B.A – que registra internación y práctica quirúrgica por fractura expuesta, derivado del tratamiento de la pierna derecha, fractura expuesta de tibia, pérdida de tejido e infección y como procedimiento de diagnóstico: Toilette quirúrgico, clavo endomedular en tibia y colgado muscular, del S. A. con fecha 14/6/2012, con osteomielitis asociada a osteosíntesis por fractura expuesta de tibia derecha, internado para el retiro del material protésico y colocación de espaciador con antibiótico, se colocó un tutor externo para elongación, del S. de la P. – C.A.B.A. – y derivación a otro establecimiento, de la C. del S., internado con los antecedentes de daños ya definidos y

derivado para injerto cutáneo y para completar estudios y tratamiento.

Son los antecedentes que motivan la pericia médica de fs.862/871, también descripta por la sentencia a fs.1259/1260, con dictamen que presenta una incapacidad total del 53,32%, y sus datos salientes entre otros, continuidad de los tratamientos, utilización de calzado ortopédico, acortamiento del miembro inferior derecho, marcha disbásica con desbalance pélvico y carga lumbar, donde informa asimismo que se realizó cirugía reconstructiva de pierna derecha con injerto muscular microvascularizado con músculo pectoral propio, cicatriz en la zona dadora, injertos de piel en la pierna, zona dadora muslo derecho y secuela de cicatriz acorde con el procedimiento.

Sin ninguna revisión por la parte Aseguradora de lo expuesto en pericia practicada de fs.862/871, la conceptualización que deben desestimarse sus evaluaciones carecen entonces de sustento.

La Empresa de Seguros observa por otra parte como improcedente el porcentaje de incapacidad del 10% atribuído a cicatriz deformante de la pierna, que dice debería imputarse al daño estético, pero además agrega que no fue objeto de la pretensión (fs.1307vta.).

La impugnación carece de admisibilidad desde un doble punto de vista. Primero, desde lo sustancial la cicatriz deformante desde que figura en los baremos de incapacidad, deja de ser lesión estética por importar grado de invalidez, alteración de la anatomía y afectación de la función (por.ej. B. C. de A. de la P. de Bs.As – Normas para la evaluación y calificación de grado de invalidez; si no incluyen la cara, importan el 10% al 20% de incapacidad (Voz: Caja

abogados.org.ar/descarga/baremo/pdf). Desde lo procedimental, la pericia fue puesta a disposición de las partes mediante el traslado respectivo, prosperando sin observaciones.

Es claro que la ausencia observaciones, no pudo comprender el concepto de la vida de relación y por lo que se agravia la parte Aseguradora. El punto fue resuelto en la oportunidad de la sentencia con carácter discrecional a fs.1269, que llama impacto del accidente a la vida de relación del actor, de obvia comprensión en los derechos personalísimos comprendido en el art.1738 CCyC., pero que el accionante no demandó. Recordando que lo que la norma prevé como indemnización son las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos – como podría constituirlo la vida de relación – pero a su respecto la actora no formuló demanda específica sobre el punto. Es que el perjuicio debía fundamentalmente peticionarlo y probarlo en su caso, conforme con los art.1734 y 1734 del CCyC., circunstancia de falta de acción en juicio, que la sentenciante no pudo suplir discrecionalmente por imperio de las normas citadas. Por lo expuesto, debe revocarse parcialmente por la suma del 20% concedido, limitando el monto en la suma de $ 296.192,52.

Opone la Aseguradora que aún reconociendo la incapacidad sobreviniente, debe haber alguna relación con la incapacidad laborativa al momento de cuantificar el rubro, en tanto el licenciado en trabajo social determinó con posterioridad al siniestro que el actor continuó realizando trabajos que demanda un esfuerzo físico, como es la limpieza de patios y jardinería.

Las precedentes meras alegaciones carecen de poder revocatorio, si precisamente se vincula ese aspecto por la sentencia al momento de cuantificar, reduciendo el cálculo solo al porcentual de incapacidad.

Por otra parte, si silencia todo el derrotero que para la recuperación de parcial debió trasponer la víctima del accidente que resulta de autos, antes de realizar las tareas informadas, en modo alguno puede sostener livianamente que con posterioridad al siniestro siguió realizando tareas, como si no hubiera existido solución de continuidad entre el accidente hasta llegar al tipo de trabajo señalado.

Del mismo modo carece de agravio enfrascarse en la doctrina de la CSJN y los principios que en algunos casos ha establecido, con observación de la desproporción resultante por la tasa de interés, si no demuestra con los porcentuales de las tasas establecidos en la sentencia, que sus resultados deban ser pasibles de los elementos limitativos resultante de la jurisprudencia citada, por la exorbitancia que violaría los extremos resguardados por el Alto Tribunal.

Concurre a la temática del agravio precedente, la óptica por incapacidad sobreviniente interpuesta por la actora en el primer agravio (fs.1315), donde transcribe lo cuantificado por la sentencia sobre el punto, de cuya ecuación tomando la edad de 75 años, $ 4.189,29 de remuneración del actor, con los restantes guarismos señalados a fs.1268vta/1269, pero decantado con las consideraciones precedentes del punto a partir de fs.1267, cuyo monto indemnizatorio con aplicación del porcentual por incapacidad del 53,32%, establece en la suma de $ 1.480.962,61, al que adiciona en ejercicio de

las facultades del art.167 un 20% para ponderar el impacto del accidente en la vida de relación, con lo que alcanza una suma indemnizatoria de $ 1.777.155,13, extremo este que incluye el 20% predicho debe revocarse.

La recurrente actora estima irrazonable la indemnización por incapacidad sobreviniente establecida en la sentencia y sostiene que es merecedora de nulidad por arbitrariedad, que el monto salarial modular es inferior a un 850% de la suma que correspondía, de $ 35.536, ya que es el salario que correspondía a un empleado de la categoría del actor según el informe de finales del 2018 de fs.1173.

La sentencia ha tenido en consideración lo incorporado en el inc. de fs.1262/1262vta., el informe social de fs.175/176 del actor J. S. D., de 24 años de edad, empleado en relación de dependencia de la Empresa Clear SRL., categoría peón general de barrido y limpieza desde el 2005 al 2007, recolector de residuos desde el 2007 al 3/2013, fecha de finalización de la relación laboral luego del período de reserva del puesto de trabajo, de acuerdo a la comunicación que le remitiera Clear SRL. Expone además la sentencia que la compulsa del certificado de trabajo y recibos de haberes del último período del actor que el perito contador agrega a su pericia – ap. k del colecto probatorio y recibos de fs.491/506, en el último año de servicios con goce de haberes – incluyendo aguinaldo.

La sentencia ha ordenado la elaboración de los elementos para enfocarse con el art.1746 CCyC., que lo hace dice, con base en los parámetros que viene exponiendo, determinando el módulo salarial de cálculo en la suma de $ 4.189,29, a cuyo respecto la recurrente imputa un desajuste en menos del 850%, afirmando que

la que debió utilizar en la de $ 35.536, por ser el salario que correspondía a un empleado de la categoría a finales del año 2018, según informe de fs.1173.

La sentencia se ha ajustado a la evaluación de la incapacidad sobreviniente por incapacidad física tomando el promedio de los numerales de los salarios del último año de servicios con goce de haberes, considerando en parte la porción de recibos hasta el mes de abril/2012 (fs.506 como señala), de lógica vinculación al accidente ocurrido en octubre de 2011 y que motiva del despido del actor por parte de la Empresa Clear.

La pretensión de la parte actora que debió considerarse el salario de finales del año 2018, careció de la petición "… en términos claros y positivos" (art.333 inc.6° CPr.) a los fines del debido debate de la contraparte, máxime del aleatorio momento en que se reiteró la información después de varios años de interpuesta la demanda, por lo que en definitiva se rechaza la pretensión, por tratarse de valores no vigentes ni medianamente a los vigentes al momento de la producción del siniestro, ámbito previsto en el art.1746 cit. para la mensura de la incapacidad sobreviniente.

En conclusión, el agravio de la parte citada en garantía prospera parcialmente, queda establecido el monto por incapacidad sobreviniente en la suma de $ 1.480.962,61 y se rechaza el agravio de la parte actora.

PERDIDA DE CHANCE.

El tercer agravio de la parte Compañía de Seguros titula *"La infundada indemnización por pérdida de chance" (fs.1309)*, por la que se condena a su parte por la suma de $ 800.000. Alude a las propias

manifestaciones del Sr. D. que la E. C., decidió desvincularlo, pudiendo haberle reservado el puesto de trabajo hasta su recuperación o asignarle tareas (art.212 L.C.T.). Se extiende sobre toda la operativa de la norma laboral y afirma que la sentencia desconoce dicha normativa.

La actora contesta los agravios(fs.1336/1336vta.), que precisamente vencidos los tiempos de las normas laborales su parte no es encontraba en condiciones de desempeñarse por las secuelas que la cuenta la pericial médica, que estuvo sometido más de un año y medio sin poder realizar actividad alguna y sometido a cuantiosas intervenciones quirúrgicas. Niega además la ausencia de expectativas laborales del actor como lo afirma la oponente, y en plan de hipótesis subjetiva dice que existía un área petrolera de empleadora que le habría permitida otros ingresos. A su vez, la propia actora por el presente rubro apela a fs.1320, señala las pautas del fallo, entendiendo factibles posibilidades de mejoramiento en la empresa Clear donde trabajaba al ocurrir el accidente, luego al perder el trabajo cambió totalmente la situación, que surge del informe social que su vida laboral quedó trunca y vivía de changas de jardinería, que lo reportaban unos 6000 pesos, por lo que en definitiva fijó la pérdida de chance en la suma de $ 800.000.

Entiende la actora ajustados los fundamentos del fallo, pero que omite la expectativa del área petrolera que tenía la ex empleadora, pero que en definitiva la suma resulta “irrisoria”, considerando los tiempos transcurridos y el proceso inflacionario del país. Ya se ha visto al examinar sus agravios que asimismo se funda en la jurisprudencia comparativa como

demostrativa de la escasa indemnización y que en definitiva se fije por el Tribunal conforme a la sana crítica.

A la controversia planteada la Empresa Aseguradora opone como razón negativa una suerte de ausencia de reclamación de todos los resortes del art.212 L.C.T. y concords. y que puedan considerarse para el rubro. La defensa carece de fundamento lógico, se trata emolumentos que la actora habría percibido de no ocurrir el accidente. Pero si aún por hipótesis, con tal incapacidad hubiera continuado bajo la dependencia laboral de C., no cambiaba la incapacidad portante de probabilidades futuras, que es lo que respalda la indemnización. Adviértase en tal sentido el concepto indemnizatorio opera "aunque el damnificado continúe ejerciendo tarea remunerada" (Art.1746 CCyC). Por otra parte, en cuanto para contradecir el concepto jurisdiccional se expresa transcribiendo la doctrina de fs.1310, que cierra con los títulos en negrita que es preciso que el Juez tenga la certeza que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha, no hace más que motivar la respuesta cabal frente a las circunstancias del caso. Está contestado por la sentencia y expone tales fundamentos pero que la oponente no examina. Lo dice la sentencia, el actor joven de 24 años, a raíz del accidente sufrió el acortamiento de su miembro inferior que le impidió, por definición, continuar con el trabajo que realizaba, evidenciando que, de no haber sucedido, las probabilidades de futuro y oportunidades de ayuda lo habrían encontrado en mejores condiciones. Lo determinó la pericia médica sin observaciones a fs.863vta., el

Sr. D. quedó sin aptitud de desempeñarse como recolector de residuos o tareas laborales que impliquen deambulación y bipedestación prolongada.

Esta última situación, responde a la alegación interrogativa de oposición de la Aseguradora, queda en consecuencia demostrada a la vista es certeza que la incapacitación del actor lo dejo desmejorado frente a las probabilidades de la vida futura con plenitud física, ello es la pérdida de chance en sí misma. Se rechaza la impugnación de la parte Aseguradora.

Y si el fallo se ajusta a derecho para condenar por la pérdida de chance, ha satisfecho la petición de la parte actora que peticionaba al demandar la suma de $ 800.000 por el concepto, pero que ahora estima suma irrisoria.

Carece de admisibilidad sostener la parte actora que lo peticionado resultó meramente estimativo por más que conlleve el modo de lo que en mas o en menos resulte o acusar a la sentencia de desajuste a la jurisprudencia comparativa. Con todos los elementos también contaba la interesada y le era posible determinarlos al demandar, con lo que no resulte admisible alegue defectos del fallo si a la propia parte no le importó más que el petitorio por lo que demanda. Son por otra parte las obligaciones impuestas por el art.333, inc.6, 2do.párr. Ley XIII N° 5 del DJP.

Por lo expuesto se confirma el monto de $ 800.000 por pérdida de chance.

Cuarto agravio de la parte Aseguradora. La infundada indemnización por lucro cesante (fs.1310vta.).

Afirma que la indemnización por lucro cesante resulta impropia e inadmisible, dado que es la

empleadora la que adoptó una decisión ajustada a sus necesidades y nada tuvo que ver con la merma del cobro de salario; que por otra parte no existía un derecho adquirido a la realización de horas extras y en consecuencia no hay daño, ya que pudo o no la empleadora requerir la realización de las mismas. Peticiona el rechazo del rubro por lucro cesante.

La actora contesta a fs.1337, oponiendo que conforme se funda la sentencia la pericial contable y la información respectiva, la actora tuvo una disminución de su salario habitual, considerando que no se trata de las decisiones de la empresa, que el actor percibió rubros salariales mientras prestaba servicios y que no le correspondían estando bajo una licencia por enfermedad inculpable. Reitera que el fallo se fundó en la pericia contable, que no se trató de una mera estimación.

La sentencia contempla el rubro a fs.1270/1271vta. y se advierte que conforme a la reclamación quedan delineados dos ámbitos de las determinaciones, las mermas especificas relativas a los haberes por el término de seis meses por la suma de $ 9.000 y otro ámbito que resulta de haberes por el término de 12 meses, por la suma de $ 82.979,40.

Funda que en lo dejado de percibir por los salarios específicos durante el plazo de 6 meses, se conforma con lo que era normal y habitual que el actor percibiera por adicionales por función, por horas extras, adicional por vianda e item 4.1.13 (viático especial) CCT 40/89. En cuanto a la llamada merma de haberes por 12 meses, corresponden a la reserva de la empleadora sin goce de haberes de la norma laboral. la que determina en la suma

de $ 82.979,40 y un total de la suma de las dos determinaciones en $ 91.979,40.

En ésta, frente a negativa de la Aseguradora que corresponda la determinación de montos "año de espera" (art.211 L.C.T.) por lo no abonado por la E. C. SRL. y con más los componentes usuales salariales que percibía el actor D. durante la relación de trabajo, todo controvertido por la C. de S. L. M., tampoco se ajusta a derecho, porque los mencionados salarios eran ganancias que se habrían obtenido de no ocurrir el hecho dañoso. Precisamente tales salarios es lucro cesante porque constituyen lo que habría obtenido con certeza el empleado J. S. D. en forma ordinaria (art.1738 CCyC).

Por lo expuesto, la oposición de la parte aseguradora se rechaza, con lo que se confirma lo resuelto por la sentencia, sumatoria que como lo señala la sentencia, eran montos normales y habituales, incluso el por horas extras (la sentencia a fs.1270vta., al final). Se confirma el lucro cesante por la suma de $ 91.979,40.

Quinto agravio de la parte aseguradora: La infundada indemnización por tratamientos terapéuticos presentes y futuros.

Impugna la sentencia porque condena por tratamientos terapéuticos presentes y futuros, pero que la actora no acredita haberse realizado tratamiento psicológico y mucho menos por la suma de $ 38.400 por lo que rechaza su procedencia.

El agravio no es contestado por la parte actora, ro paralelamente expresa agravios a fs.1317vta., oponiendo la autonomía del daño psicológico, sin perjuicio de reconocer el criterio negativo de la jurisdicción que no resulta reparable como daño

autónomo, como jurisprudencia inveterada proveniente del S.T.J., pero que el nuevo Código Civil se refiere al mismo en los arts.1737, 1738 y 1746 CCyC., en cuanto la indemnización comprende la salud psicofísica. Entiende que existe una omisión del sentenciante porque no considera el daño psicológico como autónomo, ni tampoco lo integra en la incapacidad sobreviniente o al valorar el daño moral.

La lectura del fallo revela, en efecto a fs.1268, que al tratar el concepto incapacidad sobreviniente y al referirse al daño psicológico, en razón que la demanda asimismo reclama por daño moral, ha de tratar el punto en tal oportunidad, pero no lo hace.

Sin perjuicio como se señala, que la nueva legislación civil introdujo específicamente como novedad dentro del ámbito indemnizatorio los llamados derechos personalísimos y con ello la mención específica de la salud psicofísica, lógica comprensión del daño psicológico, conforme con la jurisprudencia reconocida por la apelante y como lo señala mi colega preopinante no aparece la mención de tales derechos como la creación de un tercer género.

Adviértase en el "Código Civil y Comercial de la Nación (analizado, comparado y concordado), T.2 pág.173/174,Ed.Hammurabi 2014, de la dirección del Dr.Alberto J. Bueres, en comentario al art.1738 CCyC: "… la salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etcétera, representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y per se. Un daño será tal en sentido jurídico, en la medida que sin estar justificado, afecta algún interés y que,

además provoque consecuencias, caso contrario, nos encontraremos ante menoscabos naturalísticos, pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico". Se expone en consecuencia, será admisible se individualice separadamente, pero en su consideración para una mejor cuantificación como daño extrapatrimonial al igual que moral, se congloben para su cuantificación final. La sustancia espiritual que posee la noción de daño moral, muestra una coincidencia fáctica con la lesión psíquica, toda vez que ésta se presenta, el derecho le insufla juridicidad pero carece de entidad autónoma (conf. citas Rep.J.A.1997, pag.476 nos. 221, 222, 223, 224).

En el marco precedente, la oposición de la parte citada en garantía solo alcanza la pretendida autonomía, pero por lo demás desconoce el dictamen psicológico del perito J. M. F. M., incorporado a juicio sin observación de partes. La pericia psicológica en el examen del actor dice el perito es con relación directa con la litis y en consecuencia con los padecimientos y lesiones sufridos, determina que el estado anímico depresivo se presenta como la manifestación patológica predominante, indicada en el marco de los baremos como "reacciones vivenciales anormales neuróticas de grado III con manifestación depresiva".

La conclusión justifica en consecuencia la evaluación y necesidad del tratamiento psicológico por una parte - tampoco observada en la ocasión de la pericia - determinada en $ 38.400 recepcionada por la sentencia, que se confirma.

Por la otra, a la alteración psíquica, en concurrencia a la conformación indemnizatoria del daño moral y por la implicancia dañosa dictaminada por el

perito, se estima el incremento en la suma de $ 200.000 (art.167 Ley XIII N° 5 del DJP), por lo que en definitiva el daño moral prospera por la suma de $ 600.000.

Sexto agravio. La infundada indemnización por asistencia personalizada presente y futura de fs.1311.

Impugna la recurrente la condena por la suma de $ 72.000 a razón de $ 3.000 mensuales, durante dos años, que contesta la actora a fs.1337vta., sosteniendo que no existe crítica concreta y razonada y sostiene que se encuentra acreditada la necesidad de tratamiento.

El fallo se extiende sobre el punto a fs 1273, considerando la prueba sobre el punto consistente en el testimonio de C. X. G.a fs.957vta. y apart.m del colecto probatorio, que no ha merecido detenimiento crítico demostrativo del error o equívoco por parte de la parte Aseguradora (art.268 Cpr.).La sentencia deja constancia el dicho de la testigo G., que asistió al Sr. D. en su convalecencia por un período de 2 años.

Se rechaza en esta parte el agravio.

Por lo demás en lo que hace al punto 2 de fs.1269 los gastos médicos, kinesiológicos, odontológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros, partida de gastos por la suma de $ 120.000, la sentencia da cuenta de las lesiones sufridas por la parte actora, el cúmulo de 6 historias clínicas, tiempo de tratamiento y secuelas a cuyo respecto señala que dan legitimidad al pedido y a su cuantificación, además fundando en el sentido de la jurisprudencia que recepta la indemnización en tales circunstancias, aún cuando no obra debida prueba de de las erogaciones que importan, pues conllevan la presunción de su existencia (Concepto asimismo propio del art.1746 CCyC). Cita además caso de jurisprudencia. Después, recepta la situación del

afectado que si bien en principio recibió la asistencia de O., a partir del mes de abril de 2013 dejó de tener el beneficio de la Obra Social al quedar extinguida la relación laboral.

Con tales precedentes se confirman parcialmente las concepciones de la sentencia, con salvedad que si el fallo asimismo se pronuncia favorablemente por gastos reclamados son una consecuencia forzosa del accidente, acuerda sorpresivamente la partida correspondiente a la pericia odontológica de fs.1153/1154, cuya referencia causal asignada al accidente a fs.235vta., pero sin relación de causalidad probada. Por caso, no resultó el daño corroborado en las constancias de la H.C. del Hospital Regional, lo que era lógico y en todo caso en la información de fs.183vta. de la misma historia clínica.

La partida en definitiva prospera por la suma de $ 65.000, quedando rechazado el daño odontológico y su cuantificación.

Séptimo agravio. Rechazo del daño moral.

La parte recurrente Aseguradora determina la noción del daño moral y determina sus pautas, que no le consta a su representado la configuración ni extensión del mismo y controvierte el monto establecido en la suma de $ 400.000.

La recurrente no controvierte los fundamentos del fallo del punto 7 por los que se expide respecto rubro y deja sentado el carácter grave de las lesiones, las numerosas intervenciones quirúrgicas, pérdida de movilidad con una renguera irreversible en edad temprana, tener que ser asistida la víctima por terceras personas y la afirmación que tales circunstancias comportan indudablemente un daño moral; que este es

autónomo y no se encuentra condicionado a la procedencia del daño material. Funda además que los padecimientos sufridos por el actor surgen de la pericia psicológica y de los testimonios de S. y G. Finalmente, que la fijación del mismo responde a otorgar a la víctima satisfacciones equivalentes donde el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio de los bienes extrapatrimoniales, conforme la conceptualización del art.1738 CCyC.

La apelante no controvierte el conjunto de valoraciones que se dejan expuestas, por lo que la afirmación que el monto no guarda relación con lo ocurrido carece de toda demostración, se rechaza el agravio.

La pendencia del agravio interpuesto por la actora en la oportunidad de las alegaciones del daño psicológico, cuya autonomía se rechazara, pero paralelamente concedido el agravio por cuanto la sentencia no se había pronunciado al tratar el daño moral, a su respecto queda pronunciado el reajuste en la suma de $ 200.000; conlleva finalmente que el reclamo por daño moral procede en la suma de $ 600.000.

Las cuestiones pendientes siguiendo ahora los agravios de la parte actora, corresponden desde el séptimo agravio: arbitrario rechazo de los rubros daño material y privación de uso de la motocicleta – Contradicción (fs.1325).

Señala la actora los fundamentos de la sentencia cuando dice que el actor reclama el daño material verificado en la motocicleta que conducía, cuyos deterioros por el choque el fallo no pone en discusión, pero para rechazar lo demandado, opone que el actor no

prueba la titularidad dominial respecto al ciclomotor que conducía.

Sobran las razones opuestas por la recurrente que en tales circunstancias el derecho a la indemnización no solo se otorga al propietario, sino también al poseedor, tenedor, simple poseedor, usufructuario, usuario, etc., concordancias de los arts.1095 y 1110 del Código Civil y arts. 1771 y 2154 del CCyC.

La Aseguradora en garantía controvierte a fs.1348vta./1349 la pretensión recursoria, corroborando en efecto la ausencia de documentación del actor determinante de la titularidad del bien, pero a todo evento presumiendo una suerte de posesión ilícita del actor y relevando el informe social citado en la sentencia por referencia a un modelo de otro año al de la moto del siniestro.

La cita de modelo que resulta del informe social no aparece contradicho en las actuaciones del Legajo de Investigación Fiscal N° 38.803, donde como bien se señala el bien aparece como "sin dominio colocado", en tanto por ley la relación de poder sobre la cosa se presume legítima (art.2362 C.C. arts.1919, 1911, 1916 CCyC.), con lo que los menoscabos de la parte Aseguradora no prosperan.

Los daños del llamado Moto vehiculo Marca M. color roja y negra, sin dominio, se encuentran constatados en las actuaciones de investigación penal, hoy fs.120 de los presentes actuados (manubrio torcido, horquilla torcida, base de faro delantero roto, instrumentos rotos, protectores de tanque de nafta, motor y caño de escape lado derecho rotos, faro de guiño trasero roto y pisaderas lado derecho de motor torcidas), con lo que encontrándose los daños

legalmente comprobados, es prudencial el ejercicio de las facultades del art.167 Ley XIII N° 5 del DJP, estableciendo el monto por tal daño emergente por la suma de $ 10.000.

Respecto a la privación de uso y la controversia negativa de la oponente a fs.1349vta., es generalizada la opinión que debe ser indemnizada aún a falta de prueba de su monto efectivo, ya que la reparación de un vehículo chocado demanda cierto tiempo, durante el cual importa la imposibilidad de uso, circunstancia que configura un daño indemnizable (Conf,." Accidentes de tránsito",Meilij. E.Depalma, año 1991, pág.159). Al modo de la facultad precedente se establece el monto en la suma de $ 4000.

Queda revocada la sentencia dada su negativa a los dos rubros del presente agravio.

COSTAS: Atendiendo el carácter indemnizatorio del juicio que prospera en lo troncal en ambas instancias, se confirman las costas de la primera instancia las costas a la parte demandada (art.69 Ley XIII N° 5 DJP), con los alcances establecidos respecto a la C. de S. L. M. A. S.A. en el punto 2 de la parte resolutiva del fallo.

Los honorarios de la primera instancia, atento su regulación en porcentuales y escalas seleccionadas que atienden el mérito de los trabajos profesionales y sus resultados, se confirman (Ley XIII N° 4 del Digesto aludido, los arts.5, 6, 8 y concords.).

En esta Alzada, resultando el recurso de la parte citada en garantía desvinculado de la asegurada y el resultado integral de la apelación favorable a la parte actora, restantes alcances de su postura autónoma en juicio, se le imponen las costas a la C. D. S. L. M.

A. S.A. (art.69 Ley XIII N° 5 del DJP). y por los fundamentos precedentes, normas arancelarias citadas, conformadas con el art.13 y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, por lo que propongo los honorarios conjuntos de la Dra. A. K. J. y Dr. N. A. D., en 30%; y los del Dr. E. T., en 28%, de los que le resultan regulados en primera instancia.

Se reserva el caso federal de fs.1326vta.

No observado el modo del pronunciamiento determinado por el nombre individual de los conceptos por los que se condena:

Voto: Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte citada en garantía C. de S. L. M. A. S.A., fundado a fs.1300/1312, contra la sentencia de fs.1252/1277, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia aludida y corregir en cuanto al monto de condena por los daños y perjuicios de conformidad a los puntos siguientes: Revocar el monto de condena por incapacidad sobreviniente, que se establece en la suma de $ 1.480.962,61; los kinesiológicos, de farmacia, movilidad y rechazo del daño odontológico, se establecen en la suma de $ 65.000; se confirma por asistencia personalizada en la suma de $ 72.000; confirmar el lucro cesante por merma salarial por 6 meses en la suma de $ 9.000; revocar el monto por daño moral que se establece en la suma de $ 600.000; confirmar el lucro cesante por 12 meses equivalentes al tiempo de reserva de la relación laboral, por la suma de $ 82.979,40; confirmar por tratamiento psicológico la suma de $ 38.400, todo con los restantes alcances del resolutorio y con más los intereses a la tasa y del

modo resuelto. Confirmar la pérdida de chance por la suma de $ 800.000.

3) Confirmar el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida.

4) Confirmar la imposición de las costas y regulación de honorarios del punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia predicha.

5) Imponer las costas de la Alzada a la parte citada en garantía, proponiendo la regulación de los honorarios de conformidad al considerando respectivo. 6) Tener presente la reserva del caso federal de fs.1326vta.

A la PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 1279, agravios fs. 1315/1326) y la citada en garantía (fs. 1278, agravios fs. 1300/1312). Corridos los traslados de ley, fueron contestados (fs. 1330/1339 por la actora, fs. 1341/1351 por la citada en garantía). I. Análisis de los agravios.

La solución.

Mis distinguidos colegas camaristas han emitido ya su voto y resuelto los agravios que fueran expresados por los apelantes. En el marco de sus enjundiosos votos, han efectuado con ejemplar detalle el relato de las circunstancias fácticas que corresponden al caso particular, y que culminara con el dictado de la sentencia aquí apelada, como así también a los agravios que conformaran las críticas expresadas, razón por la que me eximiré de reiterarlas a efectos de no dilatar mi voto de modo innecesario.

De la lectura de su contenido, se advierte la existencia de discordia en torno al monto a otorgar por

el rubro incapacidad sobreviniente, así como respecto de la procedencia de los rubros pérdida de chance y lucro cesante.

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 y en el acotado margen en que se me permite expedirme, habré de hacerlo exclusivamente sobre los puntos de desacuerdo a los que hiciera expresa referencia en el párrafo anterior.

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 sólo 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 (Cfr. SD N° 45/95; 26/SER/99; 30/SER/99; 04/SER/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 (Cfr. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. Ed. Astrea).

Ya en la faena, y con carácter liminar, acostumbro recordar en mis votos que tiene dicho nuestro máximo tribunal que "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)"

Respecto del primer punto de discordia, referido al rubro incapacidad sobreviniente, ambos camaristas sólo disienten en la adición de un coeficiente equivalente al 20% del monto reconocido por la partida, el que en la sentencia de grado fuera dispuesto por el magistrado - conforme lo habilita el art. 167 del ordenamiento ritual - "para ponderar el impacto que el accidente tuvo en la vida de relación del actor" (fs. 1269). Destaco aquí la imposibilidad de que me expida sobre otros aspectos que conforman la queja del apelante sobre el punto, en razón de la coincidencia a la que, sobre aquellos, arribaran mis colegas preopinantes.

Aclarado ello, y tal el criterio que he expresado en otras oportunidades, debe tenerse en cuenta que la incapacidad es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio

de las funciones vitales. Particularmente la denominada incapacidad sobreviniente es una disminución de la salud que afecta a la víctima en sus posibilidades laborativas y de relación.

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, "Resarcimiento de Daños", T. 2a pág. 73). Y esto último es lo indemnizable.

Por tanto, resulta claro 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, 1985-I646). Lo que se indemniza son las secuelas de las lesiones sufridas.

La incapacidad sobreviniente entonces es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Se aprecia en miras de lo funcional, pero el origen puede ser anatómico, fisiológico o una combinación de ambos (conf. Zavala de González, Matilde, obra citada, pág. 343). En efecto, procura el resarcimiento de aquellos

daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades, no solamente en lo laboral o productivo, sino también en lo social, cultural, deportivo y aún en lo individual.

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

En tal contexto, juzgo más equitativa la postura del Dr. Alexandre, quien propone se mantenga el porcentual al que hiciera referencia párrafos atrás y que fuera fijado por el señor juez de grado sobre el monto reconocido por la partida en tratamiento, el cual contempla un plus que atiende a la afectación de la vida de relación de la víctima.

Ahora bien, al abordar las cuestiones vinculadas al lucro cesante y la pérdida de chances, entiendo que corresponde formular un distingo inicial, ello en tanto existen en nuestra doctrina y jurisprudencia distintas corrientes de pensamiento a la hora de indemnizar los perjuicios, las cuales varían en tanto se esté a favor del que podría denominarse daño lesión del que se da en nominar como daño consecuencia.

Para quienes se enrolan en la primera corriente, se admite el rubro incapacidad sobreviniente, por lo que

la misma debe indemnizarse con independencia de la afectación o no de ingresos, más descartan de este modo tomar en consideración las consecuencias que la lesión causa en el caso concreto (como podría ser la pérdida de ingreso), es decir atienden únicamente a la existencia de un menoscabo a la integridad de la persona. En consecuencia, procede igual indemnización en todo supuesto de igual lesión a iguales capacidades psicofísicas. En lo personal, adhiero a la tesis del daño consecuencia, ello toda vez que interpreto que debe diferenciarse el impacto que sobre cada persona provoca una lesión. Así, y en línea con lo que vengo sosteniendo, no es la lesión propiamente dicha, o la incapacidad lo que se indemniza, sino las consecuencias que las mismas provocan en el sujeto. Lo resumo en un simple ejemplo. Un jugador de fútbol puede perder un pie, y ello tendrá para su futuro profesional una determinada incidencia. Un científico de la misma edad que pierde un pie, y por tanto ostenta una idéntica incapacidad en lo que a porcentual refiere, tendrá consecuencias diferentes. En el primer caso, la carrera del deportista se ve truncada, más ello no necesariamente sucede en la vida del científico. Entonces, a la hora de indemnizar el perjuicio ha de atenderse a las especiales consecuencias que las lesiones provocan, y no a las lesiones en si mismas.

Ahora bien, en el presente proceso, no se ha indemnizado la incapacidad sobreviniente atendiendo al particular lucro cesante o bien a la perdida de chances que podría afectar al actor en su faz patrimonial luego del accidente, sino que se ha establecido la reparación bajo el rubro incapacidad sobreviniente, al que,

inclusive se le ha adicionado un porcentaje como se vio, en concepto de afectación a la vida de relación.

Desde tal perspectiva, reconocer otros rubros que poseen idéntica naturaleza importaría asignar una doble indemnización, razón por la que habré de coincidir con lo propuesto por el Dr. Alexandre respecto del lucro cesante y la pérdida de chances.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, ASÍ VOTO,

1) Por coincidir con la fórmula postulatoria del Dr. Julio Alexandre, adhiero a la misma en cuanto ha sido materia sometida a mi decisión.

En definitiva y por las razones dadas adhiero a la fórmula propuesta por el Dr. Alexandre.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Nahuelanca, la siguiente

SENTENCIA:

1°) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación articulados por los recurrentes: la citada en garantía –C. de S. L. M. A. SA- y por el actor -J. S. D.-, por lo que procede corregir el monto de la sentencia de conformidad a los considerandos pertinentes por lo que prospera por las siguientes sumas: de $ 1.777.155,13 por incapacidad sobreviniente; por gastos médicos $ 65.000; por atención personalizada $ 72.000.; por daño moral$ 600.000.; Por tratamiento presente y a futuro $38.400.- Por daño material $ 10.000 y por privación de uso $ 4.000. Todo con más sus interés del modo establecido en el fallo y en cuanto a los rubros daño material y privación de uso conforme o establecido en los considerandos respectivo.

2°) Confirmar las costas impuestas en primera instancia a la demandada y la regulación de los honorarios.

3°) Imponer las costas de esta Alzada a la parte demandada y regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. K. A. J. y N. D., conjuntamente en el TREINTA POR CIENTO (30%) y los de los Dres. M. H. P. D., R. A. G. y E. T., conjuntamente en el VEINTIOCHO POR CIENTO (28%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4°) Téngase presente la reserva del caso federal obrante a fs. 1300.-

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

R. Rubén Enrique HAYES Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"