

Accidente Entre Un Automovil Y Una Moto Maniobra De Esquive Quantum Indemnizatorio

JURISPRUDENCIA

Accidente entre un automóvil y una moto. Maniobra de esquive.

Quantum indemnizatorio

Se eleva la indemnización otorgada en la sentencia que hizo lugar a la demanda rescindicatoria de los daños sufridos con motivo del accidente de tránsito ocurrido al ser embestida la motocicleta que conducía el actor por el automotor de la codemandada, quien realizó una brusca maniobra para evitar impactar con un perro. En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a siete de mayo de 2015, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Abelardo A. Pilotti y Leopoldo L. Peralta Mariscal (la tercera vocalía se encuentra vacante), para dictar sentencia en los autos caratulados ?Lezcano, Leonardo Lionel contra Peralta, Stella Maris y otra sobre daños y perjuicios? (expediente número 144.313), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Pilotti, resolviéndose plantear las siguientes CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 334/341? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: A- El asunto juzgado. A. 1) Leonardo Lionel Lezcano demandó a Stella Maris Peralta y Fernando Hugo Viala, reclamando la reparación de los daños sufridos con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 27 de julio de 2010, a las 3:00 hs., en ocasión en que conducía una motocicleta de su propiedad por la calle Esmeralda al 1000 de esta ciudad y fue embestido por el automotor Chevrolet Corsa Wind dominio ... comandado por la codemandada Stella Maris Peralta, quien realizó una maniobra brusca hacia su izquierda para evitar impactar con un perro. A. 2) Se citó en garantía a Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, quien contestó el traslado reconociendo la existencia y vigencia de la póliza que amparaba la responsabilidad civil del demandado, y el hecho que motiva estas actuaciones. Dio una versión distinta del accidente, en base a la cual atribuyó la responsabilidad a la parte actora. Impugnó los rubros reclamados. Pidió el rechazo de la demanda. A. 3) Los accionados Fernando Hugo Viala y Stella Maris Peralta adoptaron similar temperamento que la citada en garantía. B- La solución dada en primera instancia. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda, condenando a los emplazados y a la aseguradora a pagar al actor \$..., más intereses a la tasa pasiva del banco oficial desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, con costas. Consideró aplicable la responsabilidad objetiva regulada en el art. 1113 del Código Civil, en base a lo cual entendió que al actor solo corresponde probar el daño, la relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter de dueño o guardián del demandado. A este, para eximirse de responsabilidad, le incumbe acreditar que la conducta de la víctima o de un tercero interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño, extremo que no se presentó en autos. Entrando a analizar los rubros indemnizatorios reclamados, adoptó los siguientes temperamentos: a) otorgó la cantidad de \$... por incapacidad de la víctima, para lo cual acudió a la fórmula polinómica de cálculo de renta futura que permite calcular la cantidad de dinero que, colocada a interés, permitiría al damnificado acceder a una suma mensual equivalente a los ingresos dejados de percibir como consecuencia del evento dañoso. A tal fin utilizó las siguientes variables: 41,85 años de ámbito temporal para el cálculo; \$... de ingresos mensuales por su trabajo como yesero; una incapacidad del 21,09% y una tasa de interés del 4% anual. b) Concedió \$... por daño moral, haciendo mérito de los dolores físicos, alteraciones psicológicas y limitaciones a la vida de relación que las lesiones le produjeron, entendiendo que con la cantidad referida (teoría de los placeres compensatorios mediante) podría adquirir un automóvil usado o incorporar a su hogar algunos bienes suntuarios que le acuerden mayores comodidades, lo que resulta suficiente compensación de las aflicciones padecidas. c) Desestimó la indemnización reclamada por pérdida de chance "porque para su procedencia se requiere que se haya arrimado algún elemento de juicio que permita presumir que existía una probabilidad concreta de progreso que la víctima vio frustrada con motivo del hecho dañoso", lo que no se presenta en autos, no bastando al efecto "alegar una posibilidad genérica de mejora". d) Otorgó una indemnización por daño psicológico, destinada a solventar un tratamiento que le permita superar el "trastorno por estrés post traumático" que sufre, para lo cual debe cumplir sesiones semanales durante a un año, estimando el costo de cada una en \$..., lo que arroja un total de \$..., monto por el que hizo prosperar el rubro. C- La articulación recursiva. Ambas partes apelaron la sentencia. El actor dedujo el recurso a fs. 342 y se le concedió libremente a fs. 343. Expresó agravios a fs. 352/356. A fs. 365/370 obra la réplica de la parte demandada y citada en garantía. El demandado y la citada en garantía apelaron a fs. 344 y se les otorgó con el mismo efecto a fs. 345. Sostuvo el recurso a fs. 357/362. La contestación de la actora rola a fs. 371/372. D- Los agravios. Por razones de orden metodológico invertiré el orden de reseña (y posteriormente el de tratamiento) de los agravios, comenzando con los de la parte demanda y citada en garantía, pues es la única

que cuestiona la atribución de responsabilidad, con lo que condiciona el tratamiento de las quejas de la actora, quien solo ataca el quantum indemnizatorio concedido. D. 1. a) Cuestiona la parte condenada, en primer lugar, la responsabilidad que se le atribuye.

Entiende que para que resulte aplicable la responsabilidad objetiva existen una serie de condicionantes que no se presentan en autos: la prueba del daño y de la relación causal. Explica que de las constancias de autos un surge acreditada, lo que apunta con lo siguiente: I) De los informes del Hospital Penna obrantes a fs. 198/199 vta. no resulta la existencia de historia clínica del actor; II) no se formaron actuaciones penales -lo que debería haber ocurrido dada la magnitud de las lesiones del actor, que serían "graves" porque su curación duró más de 30 días-; III) Las posiciones de la codemandada que admitió el hecho no pueden serle opuestas al restante codemandado; IV) No hubo testigos del hecho; IV) En su momento impugnó el peritaje médico que dio por presentes las lesiones; V) Llama "poderosamente la atención" que el actor no haya presentado ninguna prueba documental que "refrende" que le colocaron un yeso. D. 1. b) En segundo lugar, objeta la indemnización por incapacidad concedida. D. 1. b. I) Critica que para fijar la indemnización se haya acudido a la fórmula polinómica de cálculo de renta futura, porque para determinar la indemnización "el juzgador no puede atarse a fórmulas matemáticas, y debe considerar las distintas situaciones en cada caso particular de acuerdo a las circunstancias del caso bajo juzgamiento..." D. 1. b. II) Explica que el actor en su demanda alegó haber sufrido una incapacidad del 18%, pese a lo cual termina asignando un porcentual del 21,09%, peritaje mediante, con lo que se violó el principio de congruencia en perjuicio de la parte demandada. D. 1. b. III) Fustiga que se haya dado por probado que el actor trabaja como yesero, y los "supuestos ingresos" que de ello derivan, pues los "supuestos recibos" acompañados a la demanda no son válidos a pesar de haber reconocidos, "tanto más cuando no se ajustan a recibos oficiales de haberes, ni siquiera se indica categoría laboral, etc.". D. 1. c) Critica seguidamente la indemnización otorgada por daño moral. Luego de efectuar algunas disquisiciones teóricas, dice que "tomar como pauta de análisis solamente el estado subjetivo de la víctima, tiene como objeción concreta que, de ese modo se puede llegar a desnaturalizar el sentido objetivo y reparatorio del daño moral", por lo que "En síntesis a mérito de todo lo expuesto a todo evento se solicita que se disminuya considerablemente el importe otorgado por tal rubro...". D. 1. d) Se queja, finalmente, del reconocimiento de una indemnización por daño psicológico. Explica que la determinación se basó en el peritaje de la Lic. Krasser, sin ponderar que fue impugnado por su parte a fs. 293. La perito constató una "reacción vivencial anormal neurótica" y su parte afirmó que este tipo de patología sólo acentúa los rasgos de la personalidad neurótica de base del actor y constituye un daño psíquico leve. D. 2) El actor solo critica las indemnizaciones otorgadas, obviamente en sentido opuesto a la parte demandada y citada en garantía. D. 2. a) En primer lugar, cuestiona los parámetros utilizados por la jueza de primera instancia para fijar la indemnización por incapacidad. D. 2. a. I) En cuanto al porcentaje de incapacidad, a la ponderada debe agregarse el 10% de incapacidad psicológica, calculada sobre el porcentaje de capacidad restante (es decir, 78,1%), lo que arroja una incapacidad "total y general del 29,71% de la total obrera". D. 2. a. II) No son suficientes los \$... mensuales de ingresos que ponderó la magistrada de grado anterior. Está probado que trabaja como yesero, y de la declaración de los testigos resulta que el sueldo promedio hubiera sido al 31/05/2012 de \$... a \$..., por una jornada normal. Trae a colación el precedente "Borda" de esta Sala. Indica que si bien no se conocen los ingresos actuales de un yesero, sí se sabe la evolución del Salario Mínimo, Vital y Móvil, por lo que haciendo a una regla de tres simple, y agregando un incremento por especialidad y presentismo, llega a un ingreso mensual de \$..., que pide se pondere. D. 2. b) Se queja del valor de \$... asignado por la jueza de primera instancia a una consulta psicológica, indicando que su valor ronda mínimamente la cantidad de \$..., parámetro en base al cual pide que se modifique lo decidido. D. 2. c) Entiende que el daño moral que sufrió ha sido infravalorado en la sentencia de primera instancia. Explica que la gravedad de la lesión cambió su vida para mal y, además, con la cantidad otorgada, no se adquiere un automóvil usado como se dijo en la sentencia. Pone distintos ejemplos de automóviles fabricados en 2011, cuyos precios van desde \$... a \$..., y se refiere luego a los valores de los electrodomésticos, también tomados como parámetro en la sentencia. D. 2. d) Critica, por último, que no se le haya otorgado una indemnización por pérdida de chance. Dice que la lesión le impide seguir creciendo dentro del rubro que desarrolla, en la que podría haber llegado a oficial especializado, resultando "imposible" alcanzar ascensos, pues lo que antes hacía solo, ahora no lo puede hacer sino acompañado por otra persona. D. 3) La réplica de la parte demandada y citada en garantía ratifica, en general, su postura procesal, sin aportar novedosos elementos de juicio que merezcan ser particularmente reseñados. No obstante, destaco como relevante la respuesta que da a la pretensión actuarial de aumento de la indemnización en base al salario del actor en su oficio de yesero. Indica, en este sentido, que a lo sumo tuvo alguna ?changa? como personal no calificado en esa actividad, la que está en vías de desaparición desde hace varios años debido a la utilización de otros materiales que reemplazan a la yasería, lo que califica de público y notorio. Destaca a la vez que está vigente la prohibición de indexar, que es lo que pretende el actor al pedir que se tengan en cuenta las variaciones del salario mínimo, vital y móvil. D. 4) La contestación de la parte actora a los agravios de la demandada y citada en garantía no aporta ningún elemento que merezca ser especialmente memorado, sin perjuicio de que habré de ponderarla íntegramente a la hora de decidir. E- El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados. E.

1. a) El agravio de la demandada y citada en garantía atinente a la atribución de responsabilidad es ostensiblemente improcedente. La inexistencia de una historia clínica no puede borrar de la realidad lo que salta a los ojos. La Sra. Stella Maris Peralta, conductora del automóvil embestidor, admitió como cierto en su absolución de posiciones de fs. 145 que por delante suyo circulaba la motocicleta del actor, que realizó un movimiento brusco hacia su izquierda para evitar embestir un perro y que de esa manera chocó al bicycle, a raíz de lo cual el actor fue despedido y sufrió lesiones al caer (fractura de tibia y peroné), para cuya curación lo trasladó personalmente al hospital Penna. Dice la citada en garantía, frente a esta contundente prueba, que "no le es oponible" (en promiscua presentación el abogado Lobato dice representar también a los codemandados, pero es evidente que este agravio sólo lo esboza en representación de la aseguradora). Esto en principio puede ser sostenible respecto de distintas partes de un proceso, aun cuando llevaran el mismo rol procesal, pero no en este caso, donde la citada en garantía tiene una responsabilidad refleja derivada del contrato de seguro. Aunque el reconocimiento no le fuere oponible como parte en el proceso, igualmente debe responder porque la condena a la codemandada principal le es extensible en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Pero hay algo mucho peor, que no solo sella la suerte del agravio, sino que me convence de la postura temeraria de la citada en garantía: fue la propia aseguradora la que abonó los gastos de rehabilitación del actor, asumiendo tácitamente su responsabilidad (art. 918 del Código Civil), que contradictoriamente cuestiona ahora (ver prueba informativa de fs. 160). Las demás argumentaciones que sostienen el agravio se caen por su propio peso. La inexistencia de causa penal es un dato irrelevante, pues la instrucción de actuaciones por lesiones leves depende de la voluntad del damnificado y los demandados no han demostrado que sean "graves" las padecidas por el actor, sino que solo formularon una construcción dogmática carente de soporte normativo para sostener ese interesado punto de vista. La ausencia de testigos del hecho es un dato de mayúscula irrelevancia, dado que la propia victimaria admitió el accidente y trasladó al damnificado al hospital. La interesada impugnación que los apelantes hicieron del peritaje médico es más irrelevante todavía, si cabe, a los efectos pretendidos; no veo cómo podría tal cuestionamiento demostrar que las ostensibles lesiones que provocó el accidente no fueron tales. Finalmente, que al abogado de la parte demandada le llame "poderosamente la atención" que el actor no haya presentado prueba documental que "refrende" que le colocaron un yeso es una cuestión absolutamente irrelevante a los fines de este proceso, más digna de análisis por la ciencia de la psicología que por la del derecho. E. 1. b) Tampoco es procedente la queja atinente a la determinación de la indemnización por incapacidad de la víctima, en ninguno de sus aspectos. E. 1. b. I) Acompaño plenamente a la jueza de primera instancia en la aplicación de una fórmula matemática para determinar la indemnización, que en este caso se concretó en la fórmula polinómica de cálculo de renta futura que permite estimar la cantidad de dinero que, colocada a interés, permitiría al damnificado acceder a una suma mensual equivalente a los ingresos dejados de percibir como consecuencia del evento dañoso. Contrariamente a lo que postula la parte demandada y citada en garantía, en la búsqueda de objetividad a la hora de fijar el quantum indemnizatorio, debemos atenernos en cuanto resulte posible a modelos matemáticos. Años atrás descreía de este método pues pensaba que las condenas tenían que representar la concreción de la justicia como fruto de la aplicación del derecho, y no el resultado de la matemática. Pero con el tiempo me fui convenciendo de que se trata de un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma indemnizatoria y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas. Mucho más difícil es persuadir a un tribunal revisor del error en la determinación de una suma que se considera prudente, acorde a las circunstancias del caso o que se valida con una alocución similar. Lo prudente y lo mesurado es más opinable -y por ende irrefutable- que los parámetros cuánticos de una fórmula aritmética. Como dijo Popper, El criterio para establecer el status científico de una teoría es su refutabilidad o testeabilidad. Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio? (Popper, Karl Raimund: Conjeturas y Refutaciones, Buenos Aires, Paidós, 1991, pág. 61). Ha dicho en este sentido la Suprema Corte de Buenos Aires que el empleo de fórmulas financieras o actuariales para el cálculo de indemnizaciones, o al menos el conocimiento de los resultados que arrojan, es útil para no fugarse ni por demasía ni por escasez del área de la realidad y brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos (S.C.B.A. in re Domínguez?, Ac. 83.961, del 1 de abril de 2004, JUBA). Más genéricamente ha señalado que los tribunales no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y razones que justifican la fijación de determinado importe y no otro, pues es esta la manera de conocer la legalidad de los fallos (S.C.B.A. in re Nicola?, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA). Es que para fijar el monto del resarcimiento no basta con mencionar las pautas que se tuvieron en cuenta, sino que una vez que se establecieron es preciso analizarlas e interrelacionarlas puesto que apreciar significa evaluar y comparar para decidir, proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado y los fundamentos que demuestran por qué el resultado es el que se estima más justo...?

(S.C.B.A. in re ?Nicola?, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA). A despecho de las superfluas críticas esbozadas por los recurrentes, la utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, pues las fórmulas aportan una claridad a la argumentación que si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (Acciarri, Hugo A.: ?¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007), por lo que este agravio, en cuanto cuestiona exclusivamente la utilización de una fórmula matemática para fijar la indemnización por incapacidad, no es admisible. E. 1. b. II) Tampoco puede acogerse la crítica atinente al porcentaje de incapacidad, pues no se ha violado el principio de congruencia al otorgarse algo más de tres puntos que los reclamados en la demanda, si el guarismo está debidamente fundado en prueba pericial y la parte actora sujetó su reclamo a lo que en más o en menos resulte de la prueba de la causa (ver escrito de demanda de fs. 37 vta., primer párrafo). E. 1. b. III) La queja referida a la falta de acreditación suficiente del oficio del actor no prospera, puesto que está contundentemente demostrado con los testimonios de fs. 152, 154 y 156, de cuya veracidad no tengo motivos para dudar (art. 456 del Código Procesal), además de los recibos de pago adjuntados a la demanda, que tienen suficiente eficacia probatoria dado que fueron reconocidos, como la propia parte apelante lo admite. Que no tengan determinadas formalidades o no cumplan requisitos fiscales no cambia las cosas, pues ello constituye un mero incumplimiento de normas administrativas o impositivas que no obsta a la eficacia probatoria ordinaria del recibo, que no es otra que la de la liberación del deudor respecto de la obligación de que se trate (arg. art. 505 del Código Civil). E. 1. c) La queja atinente al daño moral está al borde de la deserción, por no constituir una crítica concreta y razonada a la sentencia en los términos del art. 260 del Código Procesal, no obstante lo cual la abordaré, dado el amplio criterio que inveteradamente sostiene esta Sala al respecto, para resguardar en la máxima medida posible el derecho de defensa en juicio. De paso, trataré conjuntamente -por razones de economía procesal- la crítica del actor referida al mismo punto, en que pretende que la indemnización sea incrementada. Dejando de lado la conceptualización del daño moral, suficientemente clarificada en la sentencia en crisis, me detendré en la cuantificación del resarcimiento, pues es uno de los rubros indemnizatorios que más dificultades ofrecen a este respecto. Lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: ?La cuantificación del daño moral?, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes). En la tarea de cuantificar es relevante la condición económica y social de la víctima, contrariamente a lo postulado en los agravios. Poniendo un ejemplo hipotético suficientemente esclarecedor, cabe suponer un daño moral ?x? causado a una persona ?n?. Ese padecimiento puede ser, por ejemplo, una importante lesión con arma blanca que se curó en forma relativamente rápida, sin dejar secuelas. Si ese daño lo sufre alguien que recibe escasísimos ingresos, nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a adquirirlo durante el curso de su vida, una suma que le permita comprar un auto nuevo modesto seguramente será una buena indemnización pues le generará una verdadera gratificación y, aunque imperfectamente, verá compensado su dolor. Si, en cambio, ese daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el padecimiento; porque dada su condición socioeconómica, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido. Estas reflexiones se encuentran avaladas por prestigiosa doctrina que ha señalado, entre otras consideraciones de interés, que ?La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico-pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referenciamiento para abogados y magistrados. El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas... Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría-satisfacción)...? (Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 194/195). El goce concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado está directamente relacionado con los placeres específicos con que acostumbra a regocijarse, los que resultan un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice Gherzi, ?la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso

vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social? (Gherzi, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 197). De acuerdo a las constancias obrantes en autos, el actor es un trabajador de la construcción encuadrable socialmente en la clase media. Desafortunadamente no se ofrecieron ni produjeron pruebas suficientes con relación a los placeres personales con que acostumbra regocijarse; no obstante, sabemos que es un hombre que tenía 30 años al momento del accidente y se encuentran acreditados los sufrimientos padecidos como consecuencia del accidente, pues padeció una doble fractura, debió ser hospitalizado y padeció estrés postraumático, lo que significa un importante dolor moral, aunque no en la exagerada postura de los agravios del demandante, cuando dice que "cambió su vida". Bajo estos parámetros, estimo correcta la ponderación de la jueza de primera instancia, atinente a que la adquisición de un automóvil usado puede brindarle suficientes placeres compensatorios que tiendan a restablecer la armonización perdida. No obstante, la cantidad estimada en origen es insuficiente, por lo que propongo elevarla a \$.... No se me escapa que los valores indicados por el actor en la expresión de agravios llevarían a una suma superior, pero partió de la base de que el modelo de automóvil debe ser 2011, lo que no es imperativo, y entiendo que un modelo algo más antiguo cumple suficientemente la función resarcitoria en el caso en análisis. Es verdad que el modelo utilizado, los racionios empleados y los placeres compensatorios sugeridos son criticables. Ello es, empero, más positivo que negativo: permite un pleno ejercicio del derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional) ya que al explicitarse los fundamentos se puede verificar la razonabilidad de la decisión; atacarla y defenderla mucho más eficaz y eficientemente que si se estableciera una cifra que, como es usual en la jurisprudencia argentina (casi un lugar común, me atrevo a decir), luego de largas y dogmáticas consideraciones termina anidándose en lo que el juez considera ?mesurado?, ?prudente? o ?razonable?, en misteriosas referencias que no tienen otro sustento que la libre discrecionalidad, pues se parte de una enunciación abierta que puede aplicarse a cualquier caso y, al fijar el quantum, se concluye en una formulación hermética sin derivación necesaria de la primera, lo que configura una sentencia arbitraria ya que no se verifica el recaudo lógico de existencia de ?razón suficiente?, pues con idénticos razonamientos se puede llegar a muy distintos guarismos, inclusive agregando o quitando "ceros" a la cifra final (arg. art. 163 inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial). Ese panorama no mejora si se parte de indemnizaciones concedidas para casos análogos (existen bases de datos específicamente destinadas a ese fin), pues, en la mejor de las hipótesis, se llegará al ?promedio de distintas discrecionalidades? carentes de fundamento objetivo, lo que no tiene más virtud que una mayor previsibilidad, mérito que resulta insuficiente para el afianzamiento de la justicia que manda el preámbulo de la Constitución Nacional y el pleno ejercicio del derecho de defensa que custodia su artículo dieciocho; sobremanera cuando lleva como lastre una restricción al margen de discreción del juzgador concreto que no tiene amparo normativo. Admito que el modelo utilizado no elimina ni restringe la discrecionalidad judicial; no obstante, objetiviza la decisión y minimiza el margen de arbitrariedad, permitiendo un mayor control de la actividad jurisdiccional, lo que no es poco, máxime cuando no existe -o por lo menos no conozco- una alternativa mejor. E. 1. d) No lleva la razón la parte demandada en cuanto al daño psicológico. No encuentro mérito para apartarme del dictamen pericial producido en autos (art. 474 del Código Procesal); y aun compartiendo el punto de vista de los apelantes en cuanto a que es una afección "leve", no han demostrado que no sea necesario asistir a un año de terapia psicológica una vez a la semana para restablecer su condición anterior al accidente, aunque no fuera óptima como alegan los condenados. También trataré aquí el agravio de la parte actora, por razones de economía procesal, punto en el que lleva la razón. Es público y notorio que el costo de una consulta psicológica excede notoriamente la cantidad de \$..., siendo incluso prudente la estimación efectuada en los agravios de \$..., que habré de seguir sólo porque utilizar un guarismo mayor violaría el principio de congruencia. Por lo tanto, aplicando una regla de tres simple, se llega a un resarcimiento por este rubro de \$.... E. 2) Trataré ahora los agravios de la parte actora que no han sido analizados conjuntamente con los de la emplazada. E. 2. a. I) El porcentaje de incapacidad computado por la jueza a quo es el pertinente. No corresponde adicionar el diez por ciento de incapacidad psicológica, porque es transitorio; tanto que se ha fijado una indemnización para solventar una terapia que permite corregirlo. Y el interregno que transcurre hasta entonces ha sido un padecimiento que he ponderado a la hora de fijar el daño moral. Por lo tanto, aumentar la incapacidad con este fundamento implicaría un enriquecimiento ilícito a favor de la parte actora. E. 2. a. II) Es verdad, como dice la actora, que corresponde fijar la indemnización por incapacidad a valores lo más actualizados posibles, tal como lo viene resolviendo invariablemente esta Sala desde el dictado del precedente "Borda" (19/06/2014, Libro nº 34, Registro nº 82), donde se explicó suficientemente que ello no implica una actualización monetaria, prohibida por la ley 23.928. Así como prohibición de indexación no significa inexistencia de inflación, fijar una indemnización a valores actuales no conlleva actualización monetaria. Se trata de una obligación de contenido indeterminado (responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito) que se cuantifica en una ocasión específica teniendo en cuenta la realidad económica del momento. No hay actualización, ni puede haberla, desde que el deber de responsabilidad no tenía contenido económico definido. Recién con la sentencia se establece el quantum, por lo que es imposible una repotenciación dado que no existía ninguna suma debida susceptible de ser actualizada. Como dije en ?E. 1. b. III)?, está suficientemente probado que el actor

trabajaba como yesero, por lo que no es de recibo la obstinada negativa que se efectúa en la réplica a los agravios, donde se menosprecia la función del actor al decirse que a lo sumo efectuaba algunas ?changas? como yesero, oficio que no me consta que esté en vías de desaparición, circunstancia que -definitivamente- no es pública ni notoria. Ahora bien, que deba fijarse la indemnización a valores actuales no significa que el actor lleve la razón en su argumentación. No lo acompaño en los guarismos que propone. No está probado en autos cuál es el salario de un yesero; y las cuentas que hace con base en un paralelismo con el Salario Mínimo Vital y Móvil son improcedentes, porque no necesariamente aumentan en la misma medida (de hecho, en los últimos años el Salario Mínimo Vital y Móvil viene incrementándose bastante más que la generalidad de los sueldos que están por encima de él).

Por lo tanto, habré de estar al Salario Mínimo, Vital y Móvil actualmente vigente, que prudencialmente incremento en un 20% (art. 165 del Código Procesal) dados los conocimientos especiales del actor y demás circunstancias de la causa. Ese salario asciende a \$... (Resolución 3/2014 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), e incrementado en el 20% arroja la cantidad de \$..., que debe tomarse como base del cálculo. Por lo tanto, utilizando la misma fórmula y variables que la jueza de primera instancia, salvo el salario, se llega a una cantidad de \$..., que redondeo en \$..., suma en la que corresponde cuantificar el resarcimiento por incapacidad de la víctima. E. 2. b) La crítica a la indemnización por incapacidad psicológica ha sido evaluada, y estimada, en el punto "E. 1. d)", al que me remito. E. 2. c) El agravio referido al daño moral fue considerado, y parcialmente admitido, en el apartado "E. 1. c)", al que también me remito. E. 2. d) Por último, el agravio atinente a la desestimación de la pérdida de chance no procede. No dudo de la procedencia de este rubro en abstracto. Si bien sólo corresponde indemnizar el daño cierto en cuanto a su existencia misma, y no el incierto, que es eventual, hipotético o conjetural, porque puede tanto producirse como no producirse, en ciertas circunstancias la "chance" es, como tal, cierta. "La pérdida de una probabilidad o chance, como daño cierto, es también resarcible: se repara por la probabilidad de éxito frustrada" (Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M: Derecho de Obligaciones, 4ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 295). Pero tiene que haber certeza de que existe una chance de magnitud ponderable o, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe haber "probabilidad suficiente, que supera la condición de un daño eventual o hipotético, para convertirse en un perjuicio cierto y por ello resarcible en los términos del art. 1067 del Código Civil" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/12/99, "D. R.", citado por Piedecabras, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 182), y en el caso ni siquiera se argumentó suficientemente en la demanda a ese respecto. No es que todos, siempre, tienen una chance de progreso como daño cierto indemnizable. Como decía Cazeaux, "entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises...", y ese es el caso de la chance. Sin embargo, dentro de esa situación de incerteza, es imperativo que exista algo cierto e indiscutible: la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio. (Cazeaux, Pedro Néstor: Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance, en "Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello", La Plata, Platense, 1981, pág. 23 y siguientes). Muy esclarecedora es la conceptualización dada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: es "la privación de la oportunidad de participar, con algún grado serio de probabilidad, en un evento o disputa de resultado incierto, en el que se habría definido la obtención de un beneficio económico" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 3/10/96, "M. M. M.", L.L. 1997-C-191). Sólo hay pérdida de chance en nuestro Derecho si se da la frustración de una utilidad o beneficio patrimonial de producción muy verosímil. Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "para la procedencia del resarcimiento del rubro pérdida de chance debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/7/97, "R. P. A.", L. L. 1997-E-15), siendo viable la reparación sólo en caso en que se constate la "efectiva frustración de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/7/96, "Ferrocarros Argentinos", L.L. 1997-B-431). Los ejemplos que suele dar la doctrina muestran con claridad el carácter serio y circunstanciado que deben tener los presupuestos de la pérdida de chance: "...el de un caballo de carrera que se lleva al hipódromo para participar en un clásico, pero que no puede llegar a tiempo en razón de que el camión en el que se lo transportaba vuelca por imprudencia de sus conductores; o el de un abogado o procurador que dejan perimir un juicio o no interponen los recursos ordinarios pertinentes contra una sentencia adversa". Opuestamente, "la chance de nada más que una posibilidad muy genérica y vaga no implica sino un daño puramente hipotético o eventual; el que por ello no resulta entonces indemnizable" (Trigo Represas, Félix A.: La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 55 y siguientes). La chance debe ser seria y personal de la víctima. No basta una posibilidad genérica de progreso de todas las personas que se encuentren dentro de un grupo o clase, por amplio o reducido que sea; no alcanza, por ejemplo, la probabilidad genérica de mejora de la situación del país o de los salarios, por mucho que ella fuera muy verosímil y pudiere beneficiar a la víctima: la chance indemnizable no es general sino personal. "Su apreciación se analiza tomando en consideración a la persona que

lo sufre y a las circunstancias personales que la rodean o afectan" (Rinessi, Antonio Juan; Rey de Rinessi, Rosa Nélida: Pérdida de Chance: específico daño a la persona, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 234). Bien entendida, "Debe reparar un interés actual del interesado, que no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida. El máximo tribunal se ha pronunciado acerca de la prueba del rubro pérdida de chance, señalando que no es posible suponerlo sin acreditación alguna, y ello constituye un elemento de importante incidencia práctica, ya que deben probarse los extremos que demuestren la existencia de esa posibilidad y de ese perjuicio cierto y real, aunque en grado de probabilidad. La pérdida de chance no se supone. Así, se ha rechazado su procedencia cuando no existen constancias que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, según lo exigido por la jurisprudencia de este tribunal", es decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Piedecasas, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 183). En este sentido se ha señalado que "La oportunidad perdida debe ser cierta por causa del hecho de un tercero y para ello es necesario acreditar que existía tal oportunidad acompañando además todos los antecedentes para su consideración, porque no basta sostener en forma abstracta esa circunstancia" (Rinessi, Antonio Juan; Rey de Rinessi, Rosa Nélida: Pérdida de Chance: específico daño a la persona, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 233). La chance debe ser entendida conforme a "las especiales circunstancias del caso, sin caer en elucubraciones abstractas que desnaturalicen el instituto" (Piedecasas, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 182). Claro está, además debe ser seria: "Por chance seria hay que entender la probabilidad de un acontecimiento favorable, que debe ser apreciada objetivamente; ella se distingue de la simple esperanza puramente subjetiva. Y así la jurisprudencia francesa ha distinguido dos hipótesis: la primera es la situación en donde la víctima está en condiciones de correr su chance cuando una culpa -faute- ha sido cometida por el demandado; ejemplos en materia de carreras hípicas o de la responsabilidad de los abogados; la segunda se presenta cuando la chance no se ha corrido aún. En este último caso la apreciación es mucho más severa, dándole carácter relevante a la proximidad del momento en el que la esperanza desaparecida podría haberse concretado; se cita como ejemplo la chance perdida de acceder a un empleo o a una profesión" (Mayo, Jorge A.: La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 170). El caso de autos cuadra en la severidad de la segunda de las hipótesis, y es evidente que no se presenta. Además de posible y probable, la chance indemnizable es aquella que debe quedar definitivamente frustrada (Piedecasas, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 175). Ciertamente, "La chance perdida debe ser definitiva, irremediable; la ventaja esperada se ha perdido, con certidumbre" (Mayo, Jorge A.: La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 170). En suma, "La pérdida de chance y el hándicap constituyen excepcional fuente de reparabilidad, y requieren puntual y concreta demostración de que existieron. No alcanza con invocar la posible pérdida de actividad in genere, sino que para cada supuesto debe mediar probabilidad razonable, con grado de certeza de que una expectativa resultó frustrada por efecto del accidente y la lesión. Hace falta mucho más que la invocación de la posibilidad de no obtener tal o cual trabajo, por eventual disminución de las aptitudes con determinación precisa de la incidencia que en la situación laboral dada, y en perspectiva tuviera aquella minoración" (Daray, Hernán: Derecho de daños en accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada. 2. Reparación de los daños, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 607/607, donde cita a la CNCiv, Sala B, 21/8/95, "Pellegrino"). En el caso, el rubro ha sido correctamente desestimado, pues no se dan las circunstancias precedentemente descriptas, ya que solo se han hecho alegaciones genéricas atinentes a la posibilidad de progreso del actor, sin que haya demostrado que en concreto, ese específico ser humano único e irrepetible que es Leonardo Lionel Lezcano, tuviera una chance cierta de progreso. Tampoco ha demostrado que, de tenerla, se haya frustrado, puesto que la incapacidad padecida no obsta a una posibilidad de progreso laboral, a la que hipotéticamente podría acceder aunque necesite un ayudante para llevar a cabo algunas de sus tareas. Voto parcialmente por la negativa. A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: Con una aclaración adhiero al voto precedente. Más allá de las diferencias que solemos mantener los integrantes de esta Sala en lo tocante al reconocimiento de las chances de progreso (v. expediente: 143.241), y particularmente respecto de la dogmática postura -que no comparto- explicada profusamente en el voto precedente, de todos modos lo acompaño dado que en autos no es posible admitir la pretensión del actor desde que no se cuenta con prueba que así lo acredite o al menos lo haga presumir. Y muy concretamente entiendo que quedó sellada la suerte adversa de su queja como lo puntualiza la frase final del voto al que adhiero, con la circunstancia de que en autos, aún admitiendo que tuviera la pretendida chance de progreso, no resultó acreditado que la misma se perdiera como consecuencia del hecho aquí ventilado. Voto parcialmente por la negativa. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO: En

virtud del resultado arrojado por la votación a la cuestión anterior, corresponde modificar la sentencia dictada en autos de la siguiente manera: a) Elevando la indemnización por daño moral a la cantidad de \$.... b) Aumentando la indemnización por daño psicológico a la cantidad de \$.... c) Incrementando la indemnización por incapacidad a la cantidad de \$.... En todo lo demás que decide, y ha sido materia de agravio, debe confirmársela. Las costas de alzada deben ser soportadas por la parte demandada y citada en garantía, que ha resultado íntegramente vencida en su recurso, y sustancialmente en el de la parte actora (art. 68 del Código Procesal). Corresponde declarar temeraria la actitud de la citada en garantía ante esta Alzada, pues ha cuestionado la responsabilidad atribuida con pleno conocimiento de la sinrazón de su planteo, y contradiciendo sus propios actos (art. 34 inc. 6° del Código Procesal). Dado que su actitud ha sido moderadamente grave, propongo fijar una multa a favor de la contraparte del 6% del valor del litigio, que se adicionará a la liquidación final resultante, a cargo de la citada en garantía y su letrado patrocinante, Dr. Agustín Andrés Lobato de manera solidaria (art. 45 del Código Procesal), quedando excluidos los codemandados dado que el tenor de los agravios determina que los argumentos temerarios fueron expuestos en exclusivo interés de la compañía aseguradora. Tal es mi voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho. Por ello, el tribunal RESUELVE: a) Elevar la indemnización por daño moral a la cantidad de \$... (... pesos). b) Aumentar la indemnización por daño psicológico a la cantidad de \$... (... pesos). c) Incrementar la indemnización por incapacidad del actor a la cantidad de \$... (... pesos). d) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. e) Imponer las costas de alzada a cargo de la parte demandada y citada en garantía. f) Declarar temeraria la actuación procesal de la citada en garantía y su letrado apoderado, Dr. Agustín Andrés Lobato, a quienes se impone solidariamente una multa del 6% del valor del litigio, a favor de la parte actora, que se adicionará a la liquidación final resultante. Hágase saber y devuélvase.

002409E