

1) Responsabilidad En relación a la queja que realiza el recurrente respecto de la responsabilidad que fue declarada en la sentencia, se adelanta que la misma no ha de prosperar. En efecto, los argumentos traídos por el apelante en su expresión de agravios por los que considera que no se encuentra probada en estas actuaciones y tampoco en la causa penal la intervención de María Florencia Pérez o del vehículo asegurado en el hecho, no sólo no fueron circunstancias planteadas oportunamente al Juez de Grado, según surge del contenido de la contestación de demanda de fs. 124/129, sino que además importan una contradicción con lo oportunamente afirmado en el punto III de dicha presentación - f. 126/vta.- (art. 1067 del C.C.yC.). Asimismo la circunstancia del archivo de la investigación penal preparatoria dispuesta por el Ministerio Público Fiscal, -con anterioridad a la promoción de la demanda- y en la que sustenta que la cuestión se encontraría abarcada por el artículo 1103 del C.C., tampoco fue un argumento planteado al Juez de Grado según surge de la contestación de demanda. Ello imposibilita su tratamiento en esta instancia en observancia del principio de congruencia de conformidad con lo establecido en los artículos 34 inc. 4, 163 inc. 5, art. 266, 272 del C.P.C.C., por lo que el agravio no puede ser atendido, propiciando al acuerdo su desestimación. No obstante, ha de señalarse que el archivo dispuesto por el Ministerio Público Fiscal, no posee los efectos que el recurrente pretende otorgarle. Así lo ha sostenido la SCBA al sostener que 'La alzada no incurre en un razonamiento viciado por el absurdo cuando reconoce que la decisión del Agente Fiscal por la que dispuso el archivo de las actuaciones en la Instrucción Penal Preparatoria no tiene efectos en los términos de los artículos 1102 y 1103 del Código Civil -actualmente, en su nueva redacción, arts. 1776 y 1777 del Código Civil y Comercial- a la vez que atribuye plena fuerza probatoria a los dictámenes accidentológicos y toxicológicos cuestionados, sin que ello se traduzca en un otorgamiento de efecto propio de cosa juzgada sino que importa el reconocimiento pleno de una prueba. Efectúa así, una prudente tarea de integración de la misma.' (SCBA c. 119.479 del 6/4/2016, Sum.Juba B4201679).

2) Incapacidad sobreviniente Habiéndose cuestionado el rubro incapacidad sobreviniente por ambas partes en lo que hace a su cuantificación se realizará el tratamiento de ambos recursos en forma conjunta.

2.1) En esta labor ha de recordarse que la incapacidad sobreviniente es susceptible de generar un daño en sentido patrimonial de conformidad con lo establecido en los artículos 1068, 1069 del C.C. aplicable al tiempo de los hechos y que la nueva normativa regula en los artículos 1737, 1738 y cc del C.C.yC. Sobre el particular esta alzada ha sostenido que 'todo menoscabo o detrimento que se sufra en áreas como las relaciones sociales, deportivas, artísticas, sexuales, etc. debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable' (v. Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio, dir. Zannoni, Coor., Código Civil, Ed. Astrea, t. 5 ob. cit., pág. 220).? (conf. este trib. expte. 9150, reg. int. 50 (S) 4-06-2013; íd. expte. 9371, reg. int. 110, 05-11-2013; expte. 9612 reg. int. 49 (S) del 11/06/2014, 10.679 reg. int. 2 (S) del 2/2/2017 entre muchas otras). De allí que su reparación no puede medirse sólo por los ingresos actuales o los esperables en el futuro, sino por las expectativas que en su dimensión existencial se afectan para la obtención en general de logros pecuniarios y del desarrollo normal de la vida de relación.

2.2) Siendo ello así ha de señalarse que quedó acreditado con la pericia médica de fs. 290/292, tal lo valorado en la sentencia, que la actora como consecuencia del siniestro padeció la siguiente lesión que fue calificada como grave: 'traumatismo de alto impacto en su miembro inferior izquierdo, que le produce una fractura cerrada ósea de los huesos tibia y peroné izquierdos en el tercio medio de ambos huesos'. (ver punto 1 consideraciones médico legales de la pericia médica fs. 290/vta. e historia clínica obrante a fs. 236/243 y 250/269). Sobre las lesiones el perito médico Dr. Rodríguez, en su dictamen, refirió que la Sra. Van Damme 'luego de una internación hospitalaria por 24 hs y luego de estancia domiciliaria, en reposo, y, con yeso inmovilizante de su lesión, fractura de los huesos tibia y peroné del miembro inferior izquierdo, fue internada en centro privado de la ciudad de Mar del Plata, en la que se efectúa tratamiento quirúrgico de su fractura ósea, con colocación de clavo endomedular en hueso tibia, operación efectuada el 24-04-2013.' (v. punto 10 pericia a fs. 291/vta e historia clínica fs. 254/259). Así el perito informa que 'la actora presenta una incapacidad permanente, en la movilidad de su miembro inferior izquierdo, que presenta un acortamiento de 2,13 centímetros con respecto al miembro inferior derecho, lo que le provoca una disimetría significativa que dificulta su movilidad habitual.' Agregando, previo realizar consideraciones en relación a los daños en tejidos y músculos y el compromiso de la arteria nutricia del hueso que agrava el déficit vascular que produce este tipo de lesión que 'la fractura de tibia, en su tercio medio, por lo antedicho, es la fractura que permanece sin consolidar con mayor frecuencia?' (punto 5 fs. 290/vta, 291). De este modo, expone que las secuelas que presenta la actora al tiempo de la realización de la pericia -septiembre de 2015- son de carácter parcial y permanente con un grado de incapacidad del 22.04 %.- (f. 290/vta). Concluye afirmando que 'De acuerdo al uso Baremo Ley 24557 y su Anexo Decreto 659/96 se mensura la incapacidad física de la actora de la siguiente manera: Fractura diafisaria de tibia y peroné: 15%; Acortamiento de miembro inferior izquierdo de 2,13 cm: 4%.Subtotal: 19%. Factores: dificultad intermedia para tareas 15% de 19%= 2,85%. Edad mayor de 31años 1% de 19%=0,19% subtotal 3,04. Total asignado 19% + 3,04%= 22.04%'. Esta pericia, cuya impugnación por parte de la actora en la instancia de grado -f. 294-, no fue mantenida en el recurso, reúne los presupuestos establecidos en el artículo 472 del C.P.C.C. y se corresponde con el resto de la prueba obrante en las actuaciones (fs. 214/216, 238/243, 250/269), por lo que, a los fines del presente se tiene por debidamente probado el porcentaje de

incapacidad determinado y las dificultades que la misma ocasiona a la actora en sus aptitudes para la realización de tareas laborales y de la vida cotidiana. (artículos 384 y 474 del C.P.C.C.). 2.3) Ahora bien, no obstante que la actora en su demanda deja librado al arbitrio judicial la fijación del monto que correspondería a este rubro, la petición que la misma realiza en el recurso a fin de que se aplique la fórmula polinómica en modo alguno contraviene el principio de congruencia, tal lo sostenido por la citada en garantía al tiempo de contestar los agravios. Ello no sólo en tanto se encuentra dentro de las facultades establecidas en el artículo 165 del C.P.C.C., sino además al haber dejado la actora sujeto el monto a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse implicó su intención de no dejar inmovilizado el reclamo. (conf. arg. SCBA Ac. 48970 del 20/4/93). Despejada esta argumentación de la citada en garantía, ha de señalarse que la utilización de fórmulas matemáticas -alegada por la actora en su recurso-, posibilitan reducir la discrecionalidad para la determinación del monto de la indemnización, destacándose que no se traduce en una mera operación matemática, ya que además deben evaluarse otros datos o circunstancias cualitativas en atención a las particularidades del caso concreto, y gozaban de consenso jurisprudencial y doctrinario con anterioridad a la nueva codificación unificada. (art. 1746 del C.C.C.). Sobre el particular la SCBA ha sostenido que las fórmulas matemáticas son útiles "para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarificación buscada" (Ac. 96245 "Medina, Ángel c/Godoy, Walter s/Daños" del 26-9-2007, en WebRubinzal scjba3.3.1.1r2; ver también "Nicola, Daniel Victorio c. Nicola, Aldo Andrés. Accidente", SCBA, A. y S., 1994 II, 255; "De Cuadro, Marcela c. Crealina S.R.L. Accidente", SCBA, A. y S. 1992 III, 669; "Saidman, Marta Juana c. Provincia de Buenos Aires. Dirección General de Escuelas y Cultura. Accidente", SCBA, L 70946; "Domínguez, Alejandro y otra c. Sanatorio Modelo de Quilmes S.A. y otros", SCBA (abril de 2004) Ac 83961). En el último de los pronunciamientos citados se ha sostenido que "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 demuestren por qué el resultado es el que se estima más justo" (conf. SCJBA Ac. 83.961, del 1/4/2004 "Domínguez c/Sanatorio Modelo de Quilmes", LLBA 2004, 974; Ac. 106.323 "N. B. c/Durisotti" del 19/09/2012). En esta línea, este tribunal, en reiteradas oportunidades ha considerado que la fórmula para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (llamada también polinómica o matemática) es la que, en casos como el presente, mejor determina un certero piso de marcha para calcular la indemnización por "incapacidad sobreviniente" (v. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. "Instituciones de Derechos Privado. Obligaciones." T. 4 p. 317, Ed. Hammurabi, 2008; en análogo sentido Zavala de González, M. "Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas" T. 2, pp. 161 y ss. en especial capítulo XV, Astrea, 2009) (v. expte. 15, reg. int. 17 (S) del 11/11/2008; expte. 198, reg. int. 115 (S) del 01/12/2009, expte. 876 y 8495 reg. int. 92 (S) del 22/11/2011; expte. 9429, reg. int. 123 (S) del 5/12/2013, entre otros). La fórmula consiste en una ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua, y con ella se procura encontrar un capital tal que, invertido a una tasa de interés pura constante, permita extraer, en períodos regulares, un monto igual a las ganancias de las cuales la víctima se ve privada en virtud de su incapacidad y el capital así determinado se agotará transcurrido el número de períodos que se estime como relevante (Acciarri Hugo e Irigoyen Testa Matías "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes". L.L. 9/02/2011, "Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes" por Hugo A. Acciarri y Matías Irigoyen Testa, ap. II.2, en La Ley Online 2009 y en RCyS 2011-III, 3). La fórmula matemática, utilizada por esta alzada, tal lo reseñado, se enuncia del siguiente modo:

$$C = a \cdot (1+i)^{n-1} \cdot i \cdot (1+i)^n$$

En ella "C" expresa el capital a determinar, la variable "a" está dada por la extracción periódica, la variable "n" representa el número de períodos por el que se hacen retiros hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima y la variable "i" la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (para una ampliación de los conceptos de cada variable incluidos en la fórmula se puede ver entre otros: Iribarne, Héctor P. "De los daños a las personas" Ediar, 1995, Cap. XIII; Casadío Martínez, Claudio A., "Una aproximación a las fórmulas 'Vuoto' y 'Vuoto II' (o 'Méndez'): su significado y cálculo" 11-abr-2011 en Microjuris MJ-DOC-5295-AR; Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías cit.supra.; Pizarro - Vallespinos, ob. cit. pp. 322/324). En el caso, como se adelantó, la actora contaba con 33 años de edad al momento del siniestro, denunció trabajar en "forma independiente (concesión) como comerciante en el rubro verdulería en el Supermercado chino "Total 3" de calle 65 n 2810" (fs.105vta.), y tal actividad fue corroborada por los testigos Larsen y Cobos (v. testimonio a fs. 191/vta. y 193/vta. respectivamente). Sin embargo, y a pesar de tales afirmaciones, no se acompañaron recibos de sueldo, constancia de inscripción en Anses o de aportes a la seguridad social, ni siquiera papeles informales de trabajo o recibos de terceros que permitan establecer realmente el ingreso que por esta actividad percibía. De allí que y en consideración a que lo que debe meritarse es la incapacidad genérica, es procedente computar como ingreso el salario mínimo vital y móvil, tal como lo viene sosteniendo este tribunal, (expte.

10031, reg. int. 100 (S) del 01-10-2015; íd. expte. 10353 reg. int. 09 (S) 03-03-2016); de acuerdo su monto justipreciado al tiempo de dictarse la sentencia, por tratarse la indemnización de una deuda de valor (conf. este trib., expte. 888, reg. int. 90 (S) 30-11-2010; íd. reg. int. 17 (S) del 15/3/2011; expte. 9030, reg. int. 53 (S) del 10/6/2013) (expte. 9687; Butikofer, Walter Máximo c/Guerra, Raúl Marcelo y ot. s/Daños y perjuicios?, reg. int. 3 (S) del 3/2/2015), quedando desestimados por ello los argumentos expuestos por la citada en garantía al considerar que el monto es excesivo por no haber acreditado la actora sus ingresos. Así entonces ha de aplicarse dicho salario, fijado en la actualidad en la suma de pesos nueve mil quinientos (\$9.500) -según art. 1° inc. b) de la resolución n° 3-E/2017 del Consejo Nacional del empleo, la productividad y el salario mínimo, vital y móvil-, multiplicado por 12 meses, en tanto no se acreditó que la actora realizara trabajos en relación de dependencia al tiempo de los hechos, y aplicándole el porcentaje de incapacidad del 22,04% conforme pericia médica -fs. 290/292vta.- la variable ?a? alcanza la suma de PESOS VEINTICINCO MIL CIENTO VEINTICINCO CON SESENTA CENTAVOS (\$ 25.125,60) computando un interés del 3% -decimalizado-, la edad de la víctima a la época del hecho (33 años) y el límite de la edad estimada por la actora en el recurso y que fija su reclamo en 60 años (variable ?n?) se llega a un resultado de PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS. (\$ 471.459, 48). En relación a la segunda variable ?i? se aclara, de conformidad al criterio que viene sosteniendo esta alzada, que se ha fijado en una tasa del 3%, pues la jurisprudencia viene reduciendo la tasa que usualmente se fijaba en el 6%, poniendo atención en compensar las fluctuaciones de la economía. (v. CCyC Bahía Blanca, sala 1ª, 18-04-2007, ?Anrique, Sergio A. y otros v. Santamarina, Martín y otros?, Lexis N° 70040954, esta Cámara exptes. 10.519 reg. int. 97 (S) 29/9/2016, 10.606 reg. int. 110 (S) 1/11/2016, entre otros). En este contexto se valora que asiste razón a la actora en cuanto sostiene que el monto establecido en el grado es exiguo, quedando así desplazadas las argumentaciones de la citada en garantía en cuanto se agravia que el monto establecido en el grado no contiene pautas objetivas de determinación y lo coloca en situación de indefensión. Ahora bien la mera transferencia matemática de los ingresos no refleja el valor de la vida humana en sus distintos aspectos y por ello su reparación no puede medirse sólo por los ingresos actuales o los esperables en el futuro, sino por las expectativas que en la totalidad de los aspectos que abarca su dimensión existencial se afectan en el desarrollo normal de la vida de relación social, cultural, deportiva etc., lo que también debe ser considerado. (art. 75 de la Constitución Nacional, 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, inc. 3° de la Constitución Provincial). En función de ello, corresponde admitir el agravio de la parte actora modificándose el importe de condena por este rubro el que estimo razonable, ajustado a derecho y a las circunstancias valoradas en la suma de PESOS CUATROCIENTOS NOVENTA MIL (\$490.000). (arts. 1083; 1086 y cc. del C. Civ.; 5.1 Convención Americana Derechos Humanos, 12.1 del PIDESC, 75 incs. 22 y 23 de la C.N., 266 del C.P.C.C.). 3) Daño moral En cuanto al monto fijado por daño moral, que también fue materia de cuestionamiento por la demandada, se considera que ?la indemnización por este rubro comprende las molestias en la seguridad personal o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho; y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes, que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos? (SCBA, Ac. 40.082, sentencia del 9-V-89; íd. Ac. 79922 S 29-10-2003, JUBA, sum.B 14058). Siendo ello así ha de señalarse que quedó probado con la pericia médica y las declaraciones testimoniales, como así también de la pericia psicológica, lo doloroso de los padecimientos que debió soportar la actora derivado del accidente, en su tranquilidad espíritu y estado de ánimo. (declaración testimonial de Larsen de fs. 191, de Cobos de fs. 193, pericias de fs. 290/292, 360/362). En este sentido la entidad de estos padecimientos, la intervención quirúrgica a la que debió someterse, el tiempo de su recuperación aproximadamente un año, con movilidad restringida los primeros seis meses y con un grado de incapacidad en este período del 40 al 45 %, y las secuelas que como consecuencia del accidente le quedaron según surge de la pericia médica ya referida, no sólo se encuentran debidamente probadas sino que no han sido cuestionados por el recurrente en su expresión de agravios. (art. 1078, 1083 del C.C. 384 del C.P.C.C.). Es decir que de acuerdo a lo valorado, la queja de la demandada sobre la cuantificación de este rubro en cuanto lo consideró desmesurado y sin fundamento en la consideración que sólo es indemnizable un daño cierto, no importa una crítica concreta y eficaz de lo resuelto a los fines pretendidos. De allí que, no habiéndose argumentado tampoco por el recurrente, cuál sería a su criterio el monto que por este rubro debería fijarse, y en tanto la fundamentación del recurso sobre la cuestión se agota en lo tratado precedentemente, se valora la insuficiencia del agravio formulado en orden a la cuantificación. (art. 260 C.P.C.C) Por todo lo expuesto y si la opinión es compartida propongo al acuerdo confirmar parcialmente la sentencia con la modificación a la cuantificación del rubro incapacidad elevándose el monto total de condena a la suma de PESOS QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL (\$ 595.000), con costas de alzada a la demandada vencida. (art. 68, 266 del C.P.C.C.) En consecuencia, a la cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA. A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos. A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor

Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA ISSIN DIJO: Corresponde confirmar parcialmente la sentencia de fs.387/392 con la modificación de la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente, elevándose el monto total de condena, a la suma de PESOS QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL (\$ 595.000). (arts. 1083; 1086 y cc. del C. Civ.; 5.1 Convención Americana Derechos Humanos, 12.1 del PIDESC, 75 incs. 22 y 23 de la C.N., 266 del C.P.C.C.). Las costas de esta instancia corresponden a la demandada vencida (art. 68 CPCC). Debiendo diferirse la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 14.967). ASI LO VOTO A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos. A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos. Con lo que termino el acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Necochea, 20 de marzo de 2018.- VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se resuelve: I) Confirmar parcialmente la sentencia de fs.387/392 con la modificación de la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente, elevándose el monto total de condena, a la suma de PESOS QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL (\$ 595.000). (arts. 1083; 1086 y cc. del C. Civ.; 5.1 Convención Americana Derechos Humanos, 12.1 del PIDESC, 75 incs. 22 y 23 de la C.N., 266 del C.P.C.C.). II) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 14.967). Téngase presente la Reserva de Caso Federal. Notifíquese personalmente o por cedula (art. 135 CPC). Devuélvase.

030979E