

Accidente De Transito Giro A La Izquierda

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Giro a la izquierda

Se confirma en lo

sustancial la sentencia que hizo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, por entender que la conducta de la demandada resultó violatoria del art. 39 inc. b) de la ley 24.449, que prohíbe girar a la izquierda para salir de una avenida de doble sentido de circulación. En la ciudad de Mar del Plata a los 21 días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?LAPALMA Braian E. c. CORTES Gloria D. y otros. Daños y perjuicios?. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia dictada a fs. 1013-1061 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por Braian Emanuel Lapalma contra Gloria Dora Cortes, condenándola, en forma concurrente con la citada en garantía, a abonarle la suma de \$ 738.317,23, con más los intereses que ordenó liquidar desde el momento y a la tasa que indicó en cada rubro. Diferió para la etapa de ejecución de sentencia la determinación del rubro ?gastos médicos futuros? e impuso las costas a los vencidos. Para decidir como lo hizo comenzó por establecer que la ley aplicable al caso era el CC ley 340, en razón de que el hecho dañoso se produjo el 10.5.2015, sin perjuicio de que las consecuencias no agotadas de esa relación jurídica puedan verse alcanzadas por las disposiciones del CCCN (fs. 1027). Tuvo en cuenta que en la IPP n° 08-00-011725-15/00 que tramitó ante la UFI 11 departamental no se dictó sentencia sino que se dispuso el archivo de las actuaciones, condicionado a que durante un año la demandada realizara un curso de manejo defensivo y acudiera a un taller de reflexión, en los términos del art. 56 del CPP. Consideró que el reclamo civil estaba basado en un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que encuadró la cuestión en una de las excepciones al principio de prejudicialidad prevista en el inc. c) del art. 1775 del CCCN (fs. 1028 vta., aplicando la doctrina legal de la SCBA, en causa 119.834 del 21.2.2018). En orden a la atribución de responsabilidad tuvo por acreditado que se habían producido daños materiales y físicos en relación causal con la conducta de la demandada, que consideró violatoria del art. 39 inc. b) de la ley 24.449, y de la ordenanza municipal 20.950/2012 vigente al momento del hecho, cuyo art. 1 prohíbe girar a la izquierda para salir de una avenida de doble sentido de circulación, salvo que se trate de intersecciones con semáforo con habilitación lumínica de giro u otro dispositivo de seguridad aprobado por el Departamento de Ingeniería de Tránsito. Encuadró el caso en el art. 1113 segunda parte segundo párrafo del CC, y al no oponer la demandada eximentes de responsabilidad, la consideró responsable de los daños que se tuvieran por acreditados (fs. 1034 vta.); en esos términos, extendió la condena en forma concurrente y en la medida del seguro a la citada en garantía Liderar Compañía General de Seguros SA. a) En cuanto a los daños materiales reclamados, hizo lugar a los correspondientes al motovehículo y al casco por la suma de \$ 12.800; a la indumentaria por \$ 2.500; gastos médicos y de medicamentos, por la suma de \$ 13.000; gastos de movilidad por \$ 2.400 (rechazó los gastos de movilidad futuros por falta de prueba); lucro cesante por la suma de \$ 56.000 (a razón de un ingreso de \$ 7000 y por el lapso de 8 meses desde el día del hecho, es decir, desde el 10.5.2015), todos ellos con más intereses liquidados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago. Admitió el rubro ?gastos médicos futuros?, comprensivo de las intervenciones quirúrgicas que el perito médico indicó como necesarias para mejorar el aspecto físico del actor afectado por la cicatrización de tipo queloide de las heridas que sufrió, y para retirar el material ortopédico que le fuera implantado; los honorarios del cirujano plástico, del anestesiista y los gastos de anestesia y de estudios pre y post quirúrgicos, por la suma de \$ 49.990 según valores al 26.12.2016 con más la de \$ 10.000 al mes de marzo de 2016. A ello agregó la condena a abonar el costo de la cirugía por retiro de material de osteosíntesis, en caso de acreditarse la efectiva realización de la misma. Para este parcial ordenó liquidar intereses a la misma tasa que los anteriores pero computados desde la fecha de notificación de la sentencia y no desde el momento del hecho por tratarse de daños futuros (fs. 1044 vta.). El costo del tratamiento psicológico recomendado por la perito respectiva, fue admitido en la suma de \$ 36.000, con más intereses liquidados conforme a los fallos ?Nidera? y ?Vera? de la Suprema Corte provincial, es decir, un interés puro del 6 % anual desde el momento del hecho y hasta el mes de junio de 2017 (fecha del informe pericial del que se tomó el costo de la sesión), y a partir de allí, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires hasta el efectivo pago (fs. 1049 vta.). Finalmente, y en cuanto a la incapacidad sobreviniente, de los porcentajes de incapacidad diferenciados establecidos en la pericia médica, que totalizan un 36,20 %, distinguió los correspondientes al daño

estético, por compartir el criterio que sostiene que para integrar la incapacidad sobreviniente ese daño no sólo debe ser ostensible, sino que tiene que acarrear una verdadera limitación a las posibilidades económicas del damnificado, porque de lo contrario sólo puede valorárselo en la faz extrapatrimonial (fs. 1053 vta.). Por ello, sólo computó un porcentaje de incapacidad del 11 %, porque consideró que de las secuelas cicatrizales la única que podía influir sobre sus posibilidades económicas futuras era la del mentón (4 %, porque ?la imagen es un elemento que se tiene en cuenta en el mercado laboral?), y la del 7 % correspondiente a la limitación de la flexión del miembro inferior derecho. Utilizó para mensurarla la fórmula ?Acciarri?, computando como edad inicial la que tenía el actor al momento del alta kinesiológica que se produjo el 2.1.2016, ingresos mensuales de \$ 7.000 con SAC, y como posibilidad de incremento o mejora en sus ingresos hasta la edad jubilatoria, un 30 % con un 100 % de probabilidad entre los 22 y los 35 años; otro tanto entre los 35 y los 50 años; y entre los 50 y los 65 años estimó improbable la chance de mejorar sus ingresos, en razón de las dificultades existentes para el ingreso al mercado laboral de esa franja etaria (fs. 1057). El cálculo arrojó la suma de \$ 305.627,23 con más intereses que ordenó liquidar a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires desde el 2.1.2016 y hasta el efectivo pago. b) Daño moral: fijó el monto para resarcirlo en la suma de \$ 250.000, teniendo en cuenta los ocho meses transcurridos entre el momento del hecho lesivo y la fecha del alta, el tiempo de internación, primero inconsciente y luego sedado por los intensos dolores, que fue intervenido quirúrgicamente y probablemente deba volver a ser operado, el largo tratamiento kinesiológico, el uso de muletas y las cicatrices, que si bien van a recibir una cirugía reparadora, no van a desaparecer, alterando para siempre su apariencia física (fs. 1058). Ordenó liquidar intereses desde el día del hecho hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. II: Apeló la actora mediante escrito electrónico presentado en término con fecha 2.7.2018, y la parte demandada y la citada en garantía, lo hicieron con fecha 12.7.2018, los recursos les fueron concedidos libremente a fs. 1062 y 1068, y las respectivas expresiones de agravios fueron presentadas en sendos escritos electrónicos el 3.10.2018 y 9.10.2018, siendo respondidas en ambos casos. II.1: Los agravios de la parte actora estuvieron dirigidos a cuestionar los montos indemnizatorios establecidos para reparar la incapacidad sobreviniente y el daño moral. II.1.1: Respecto al rubro incapacidad sobreviniente criticó: i) La fórmula actuarial escogida (?Acciarri?) y la edad límite para el cálculo (65 años). Consideró ?más apropiada? para el caso a la fórmula Méndez por sobre la utilizada por el a quo, que es ?más perjudicial? para el actor, aun cuando se elevara la edad. Resaltó que Lapalma era filetero en una cooperativa de trabajo, por lo que al no hacer aportes al sistema de previsión social difícilmente pueda jubilarse a los 65 años, sino que deberá trabajar hasta la potencial vida útil de 75 años, y que la fórmula aplicada no contempla ?los casos en que por tratarse de un trabajador que recién se inserta en el mercado laboral y en trabajos escasamente remunerados, sus ingresos se encuentran en el mínimo dentro de las estadísticas, y resulta altísima la probabilidad de que se incrementen, aún en los últimos períodos de vida útil?. Por ello solicitó que se aplicara la fórmula ?Méndez? (\$ 776.261,23), y en su defecto ?Acciarri? pero hasta la edad de 75 años (\$ 331.034,88 y no los \$ 305.627,73 a los que arribó el a quo). ii) El porcentaje de incapacidad tenido en cuenta para mensurarla, afirmando que ha sido ?el más grueso error observado en la sentencia?. El perito determinó ?contundentemente? que la incapacidad laboral del actor al momento de consolidarse las secuelas físicas y cicatrices era del 36,2 %, discriminando entre la limitación de la flexión del miembro inferior y las importantes cicatrices de las que dan cuenta las fotografías que fueron reconocidas y evaluadas por la experta. El sentenciante, afirmó, no tuvo en cuenta que la cicatriz de la muñeca (7,7 %) se encuentra tanto o más expuesta que la del mentón, y sin embargo no la tuvo en cuenta; por lo demás, todas las cicatrices, señaló, tienen una proyección funcional y no sólo estética, no son superficiales sino de mayor extensión, como la de la cadera (12 cm.) o el muslo derecho (17 cm.), producidas por heridas quirúrgicas que ?llegaron hasta el hueso? para colocarle una prótesis metálica y clavos en el fémur, afectando no sólo el tejido dérmico visible sino el muscular. La de la muñeca afecta el tejido cutáneo con merma de sus funciones específicas (elasticidad, respirabilidad, transpirabilidad, etc.), y presenta además pruritos y alergias constatados por el perito. El perito, concluyó, utilizó baremos laborales y no de ponderación estética, por lo que la incapacidad laboral constatada es del 36,2 %; demostró a continuación la incidencia de la cuestión en el monto indemnizatorio (?Acciarri? hasta los 65 años, \$ 1.005.793,08; ?Aciarri? hasta los 75 años \$1.089.405,71; ?Méndez?, \$ 2.554.605,15). iii) La desestimación de porcentajes de incapacidad psicológica determinados pericialmente (entre un 10 y un 25 % a dos años de producido el accidente), por entender que son reversibles con un adecuado tratamiento psicológico. Adujo que han transcurrido ?más de 5 años? desde el accidente sin que el actor haya sido indemnizado ni pudiera acceder a un tratamiento ?adecuado?, que, por otra parte, no garantiza una recuperación total. Consideró ?aceptable que para el cómputo de un porcentaje de incapacidad no se sumen la incapacidad física y la psicológica?, pero como esta última fue determinada en un rango entre el 10 y el 25 %, solicitó que se adicionara un 10 % al porcentaje establecido por la perito médico (36,20%), o, ?en el peor de los casos?, al 11% utilizado por el Juzgador en su fórmula. Aludió al amplio y minucioso examen psicológico, cuyo diagnóstico, ?cuadro de trastornos de ansiedad comorbido a un cuadro depresivo en forma simultánea?, es determinante a la hora de evaluar la incapacidad laboral, y nuevamente, para ilustrar sobre la incidencia económica del agravio, lo

calculó según las distintas fórmulas (?Acciarri? hasta los 65 años y con un 46,20 % de incapacidad, \$ 1.283.636,47; ?Aciarri? hasta los 75 años, y mismo porcentaje \$ 1.390.346,51; ?Méndez?, \$ 3.260.297,18; ?Aciarri? hasta los 65 años y con un 22 % de incapacidad, \$ 583.471,12; hasta los 75 años, \$ 631.975,69; ?Méndez?, \$ 1.481.953,26). iv) La falta de valoración de la incapacidad específica del actor para el trabajo que desempeñaba, ciñéndose exclusivamente a baremos laborales, sin tener en cuenta que el trabajo de Lapalma requiere estar de pie muchas horas al día, cargar cajones de pescado y trabajar en lugares excesivamente refrigerados. La prótesis metálica y los clavos en su pierna y las extensas cicatrices patológicas, determinan un alto grado de incapacidad específica que no tendría, si fuera, por ejemplo, empleado administrativo. Este factor de ponderación, sostuvo, debió llevar al juez a convalidar la opinión del experto en cuanto al grado de incapacidad del 36,20 %. v) La desestimación de la reparación por incapacidad vital no lucrativa, comprensiva de labores domésticas, deportes (está acreditado que practicaba kick boxing y entrenamiento, que más allá del esparcimiento valorable en el daño moral, le permitía estar en óptimas condiciones físicas para su trabajo), higiene, transporte pedestre, sin tener en cuenta que su status socio económico permite presumir que van a ser realizadas personalmente a lo largo de su vida, sin que puedan considerarse ?gastos habituales? o ser prestadas por terceras personas contratadas para ello. Este plus indemnizatorio, agregó, integra el concepto de reparación integral, contemplado por los arts. 1738, 1740, 1746 del CCCN. II.1.2: En relación al daño moral, criticó que haya sido ?desvalorizadamente indemnizado? y que para arribar al monto, el a quo sólo haya tenido en cuenta la grave incidencia de la alteración física y estética, y los padecimientos físicos sufridos a consecuencia de las lesiones, dolores y lapso de convalecencia. No ha tenido en cuenta la imposibilidad de seguir practicando deportes de contacto, la limitación para seguir ayudando a su padre discapacitado con quien convivía junto a su madre, el hecho de que trabajaba con su madre y su hermano, prolongando en el trabajo los lazos familiares, la pérdida de la relación de noviazgo advertida por la perito psicóloga. Solicitó que el monto de reparación se fije en la suma de \$ 600.000 reclamados en la demanda. II.2: El apoderado de la demandada y la citada en garantía, introdujo una referencia sobre la medida del seguro (la aclaratoria planteada fue desestimada a fs. 1070), pidiendo se tenga presente la cuestión para la etapa de ejecución de sentencia pues entiende que la cobertura contratada no cubre el daño moral. Su único agravio estuvo dirigido a cuestionar el monto establecido para repararlo, al que calificó como desmesurado e injusto. De sus citas de jurisprudencia puede inferirse que considera que el a quo no ha fundamentado suficientemente su decisión, excediendo el ?prudente arbitrio judicial? o la ?cautelosa discrecionalidad? de la que hablan los fallos citados. Las de doctrina, están referidas a la valoración de la gravedad objetiva del daño causado, especificando en qué consiste y como incidió sobre la persona del damnificado, para que la indemnización no se erija en fuente de lucro indebido para la víctima y de expoliación para el responsable, finalizando con las pautas dictadas por Jorge Mosset Iturraspe en un difundido artículo publicado en 1994, en el que aconsejaba ubicarse dentro del contexto económico del país, para no otorgar indemnizaciones tan altas que parezcan extravagantes, ?que parezca un gesto indudable de generosidad, pero con el bolsillo ajeno?. Solicitó la reducción del monto invocando el principio de razonabilidad del art. 28 de la C.N., relacionado con el de congruencia, que deben prevalecer a la hora de fijarlo. III: Los únicos cuestionamientos que se han formulado contra la sentencia están relacionados con el rubro incapacidad sobreviniente y, ambas partes, aunque con distinto fin, se han agravado del monto fijado para reparar el daño moral. Por lo tanto llega firme a esta instancia lo decidido en relación a la ley aplicable, los restantes rubros admitidos -o rechazados-, los montos establecidos para resarcirlos, entre ellos, el fijado como ingreso del actor para mensurar el lucro cesante (\$ 7.000 a fs. 1052), que es relevante a los fines del cálculo de la incapacidad sobreviniente reclamada, así como lo relativo a las tasas de interés que el fallo ordena liquidar y el inicio de su cómputo en cada caso (arts. 260 y 266 del CPCC). III.1: El recurso de la actora prospera parcialmente. III.1.1: A partir de la sentencia dictada en los autos caratulados ?Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otras. Daños y perjuicios? (exped. n° 161.169, sent. del 18.8.2016, R 196-S F°1035/48), la Sala que integro con mi distinguido colega Dr. Ricardo Monterisi, se ha pronunciado reiteradamente por preferir el uso de la denominada fórmula ?Acciarri?. Estimo conducente reproducir aquí lo que allí decíamos sobre las distintas formas de mensurar la incapacidad: ?... entre las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, sobresale - a mi modo de ver - la fórmula diseñada por el Dr. Hugo Acciarri, quien ha propuesto una método de cuantificación superador de los preexistentes, y además ha creado una sencilla herramienta de cálculo (en planillas de Excel) que permite verificar, controlar y eventualmente impugnar la decisión adoptada (véase, en tal sentido, Acciarri, Hugo, A. ?Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código?, publicado en: La Ley, 15/07/2015 , 1; del mismo autor, «Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables», y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: www.derechouns.com.ar/?p=7840 -último día de visita, 22/06/2016-; en forma complementaria, seguiré en lo sucesivo las ideas expuestas en Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, ?La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes?, publicado en: La Ley, 09/02/2011 , 1 , La Ley 2011-A , 877; de los mismos autores, ?Algunas acotaciones sobre las

fórmulas para cuantificar daños personales?, publicado en: RCyS 2011-VI, 22). Esta fórmula -como tantas otras- permite calcular el daño patrimonial resarcible como consecuencia de una incapacidad, entendido ello como una ganancia futura frustrada que se traduce en un valor presente al momento de la decisión. Por ello se habla del cálculo del valor presente de una renta no perpetua, y que ha sido traducida -con múltiples modos de expresión, aunque con relativa identidad matemática- en diversos precedentes judiciales: fallos ?Vuoto?, ?Marshall?, ?Las Heras-Requena?, entre otros (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, ?La utilidad...?, ob.cit.). Asimismo, la fórmula propuesta por Acciarri tiene una virtud complementaria: recepta la probabilidad razonable de que los ingresos de la víctima no sean constantes (defecto que -por diferentes razones- le es imputable a la fórmula ?Vuoto? y sus derivadas, tal como fuera puesto de relieve in re ?Arostegui? (CSJN, Fallos: 331:570), aprehendiendo la variabilidad -ascendente y descendente- de las ganancias del damnificado a lo largo de su vida, lo que repercute necesariamente en su aptitud productiva, con el correlativo impacto que ello, a su vez, tendrá en la indemnización final a que tiene derecho. Esos cambios en los retribuciones, a la vez, pueden considerarse de acuerdo a una cierta probabilidad, que puede ser muy alta (certeza en el grado requerido por el derecho), o más baja (chance)?.

III.1.2: He señalado con anterioridad mis objeciones a las fórmulas que calculan las indemnizaciones por incapacidad a valores constantes, porque exhiben una rigidez en sus variables de cálculo, que impide adaptarlas a las diferentes circunstancias a valorar en cada caso, y en ocasiones, atentan contra la congruencia (mi voto en minoría en esta Cámara, Sala I, exped. n° 162.725, ?Suárez Edgardo Rubén c. Consorcio de Prop. Edif. Maral 23 s. Daños y perjuicios?, sent. del 15.5.2018, R 96 S F°340; idénticas consideraciones hemos vertido con el Dr. Monterisi en exped. n°166.331, ?Lavieri Claudia Susana c. Praiz Carlos Samuel s. Daños y perjuicios?, sent. del 29.11.2018, R 280-S F°1162/77). Por calcular ellas el valor presente de una renta constante, no pueden captar directamente ninguna variación de la suma correspondiente a la capacidad, ni aún en el intento más acabado, en cuanto a precisión y generalidad, que llevó a la fórmula Méndez; si una persona joven resulta damnificada, cristalizar su ingreso, como expresión de capacidad, subvaloraría su productividad y por ende, el monto indemnizatorio a su favor, cuando, por el contrario, es más razonable predecir que el valor de la capacidad aumente, a que se mantenga constante (Acciarri Hugo, ?Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad?, en SJA 11/10/2017,106, cita on line AP/DOC/972/2017, puntos III.2 y V). En este sentido, la crítica de la actora cuando afirma que la fórmula Acciarri no contempla la posibilidad de que los ingresos de una persona joven que recién ingresa al mercado laboral se incrementen, carece de todo asidero, pues es precisamente esta flexibilidad que permite la fórmula por él desarrollada, uno de los aspectos que la destacan abiertamente por sobre las demás (ver contestación de agravios del apoderado de la demandada y citada en garantía, cuando replica, que ?suenan muy agorero presumir que el actor, un joven de 22 años, habría de desempeñar toda su vida el mismo trabajo, con la misma escasa remuneración y nunca aportar al sistema previsional?. El ?defecto? por así decirlo fue atribuido en la demanda a la fórmula ?Méndez?, a fs. 343 cuarto párrafo). El autor (?Sobre el cómputo...?, ob. cit, punto VII.3), señala que las indemnizaciones a personas de edad inferior a la admisible para ingresar al mercado de trabajo plantean un caso inverso al del jubilado (que previsiblemente sus ingresos más importantes los tuvo en su período más productivo, por lo que su jubilación, de ser obligatoria, implicará una reducción en el valor de su capacidad, porque las tareas que pueda seguir desarrollando van a tener una correlación patrimonial menor), porque los valores que reflejen su capacidad, pueden ser nulos hasta alguna edad umbral, como los 14 o los 18, por lo que para calcularla bastará prever para el inicio del cómputo un valor cero y de ahí en más el que razonablemente pueda preverse (desde un salario mínimo vital y móvil a valores superiores). La capacidad, resalta, es una potencialidad y existe actualmente en cuanto poder de actuación para realizar tareas futuras que tienen un valor en la sociedad y por eso son remuneradas cuando se prestan a terceros o demanda un costo requerirlas, ?... y en el caso de personas jóvenes, parece más probable que se verifique algún incremento del valor de la capacidad a que eso no ocurra... Aceptarlo sugiere que equipar incrementos a chances debería ser una decisión restringida a alguna excepcionalidad notoria y no a esos incrementos razonablemente predecibles. Al menos, no a aquellos que resulten más probables que su alternativa, es decir, su invariabilidad? (?Sobre el cómputo...?, ob. cit., punto VII.5, ?... según el curso normal y ordinario de las cosas, es más razonable pensar que la remuneración del joven damnificado subiría con el curso de los años, que asumir que se mantendría hasta el fin de sus días invariable?, ob. cit., punto VI).

III.1.3: Por otra parte, la actora parece pasar por alto que ha quedado firme el ingreso de \$ 7.000 mensuales establecido por el a quo para mensurar el lucro cesante (fs. 1052 tercer párrafo), que, como reiteradamente se ha señalado, no tiene una verdadera diferencia esencial u ontológica con la incapacidad sobreviniente, sino que se conectan con distintos momentos: el primero, con la etapa terapéutica hasta el alta o restablecimiento, y la segunda, con la de las secuelas corregibles en un mayor plazo -incapacidad transitoria-, o no corregibles en modo alguno -incapacidad permanente- (Zavala de González Matilde, ?Resarcimiento de daños?, ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, Tomo 2-a, pág. 240). El sentenciante diferenció claramente estas dos etapas cuando admitió el lucro cesante a razón de un ingreso mensual promedio de \$ 7.000, y por el lapso de ocho meses, hasta el 2.1.2016 en que Lapalma recibió el alta kinesiológica (fs. 1052 vta.). La determinación se basó en el informe producido a fs. 901 por la Cooperativa de Trabajo

Mar Adriático Ltda. (que estimó para la categoría "filetero" un anticipo de retorno promedio quincenal de \$ 3.500, hasta el mes de noviembre de 2016 en que se interrumpieron las actividades), apartándose del monto promedio calculado a fs. 340 en la demanda (\$ 8.502,75). La estimación judicial no fue materia de agravio (punto I del escrito de expresión de agravios, "... se revoque la misma en cuanto fuera materia de agravio, confirmándose en sus restantes partes?"; arts. 260 y 266 del CPCC), pese a que en la demanda se efectuó el reclamo de lucro cesante sobre ese monto estimado de ingresos promedio (fs. 341), y que en su defecto, se había solicitado como "piso" el salario mínimo vital y móvil vigente a ese momento (\$ 6060), o el "haber mínimo" del CCT para obreros del pescado (fs. 340 vta., prueba que se produjo a fs. 591-608 con el informe del Ministerio Trabajo, Empleo y Seguridad Social sobre escalas salariales y adicionales correspondientes a fileteros, vigentes a partir de mayo de 2010 y el SMVyM correspondiente. A fs. 560-588 el organismo produjo el mismo informe en relación a las escalas correspondientes a peón de taxi o remise). Por ello, a la hora de calcular la incapacidad, éste debe ser el ingreso a computar (esta Sala, exped. n°165.124, "Carabasal Brian Jonathan c. Bordino Carlos Omar y otros s. Daños y perjuicios", sert. del 19.4.2018, R 97-S F°493/503); sobre esa base los diferentes cálculos efectuados aplicando la fórmula "Méndez" arrojan resultados sensiblemente inferiores a los desarrollados por la apelante en su escrito, a partir de un ingreso mensual de \$ 9100 con escasas variaciones (así, con los parámetros de la sentencia, edad inicial 22 años, 11 % de incapacidad y un ingreso mensual promedio de \$ 7.000, son \$ 597.124,03 y no \$ 776.261,23 (a razón de \$ 9.100); con una incapacidad del 36,20 %, arroja \$ 1.965.080,89 y no \$ 2.554.605,15 (a razón de \$ 9.151); con una incapacidad del 46,20 % (sumando un 10 % de incapacidad psicológica, son \$ 2.507.920,92 y no \$ 3.260.297,18 (a razón de \$ 9.140); y finalmente con una incapacidad del 21 % , sumando un 10 % al 11 % establecido por el juez, son \$ 1.139.964,05 y no \$ 1.481.953,26 (sobre base \$ 9.100); <http://www.enlacesjuridicos.com.ar/fórmulaméndez>). Este plus de \$ 2.100 en el ingreso inicial utilizado, altera notablemente los resultados obtenidos, y proyecta una diferencia más aparente que real entre las fórmulas de cálculo comparadas, por lo que, en este aspecto, el agravio debe ser rechazado. III.2: Le asiste razón en cuanto al porcentaje de incapacidad tomada como parámetro por el Sr. Juez, pero no en la medida solicitada. Hugo Acciarri señala que la cuestión de la cuantificación de indemnizaciones por incapacidad, en el ordenamiento argentino, versa sobre un concepto patrimonial, porque el sistema del CCCN deja claro que existe una partición entre consecuencias patrimoniales y no patrimoniales, sin terceros géneros, y que los conceptos patrimoniales se cuantifican por una referencia bastante directa a valores monetarios reales: valores de cambio (Acciarri Hugo A., "Sobre el cómputo...", ob. cit., punto II, la cursiva es propia). La incapacidad entendida como consecuencia indemnizable, continúa, se integra por dos campos relativamente diferenciables. Uno es la "aptitud para realizar actividades productivas", es decir, aquellas que obtienen una remuneración explícita y directa en el mercado. Otro, aquellas "económicamente valorables", que serían las tareas domésticas, autotransporte, higiene personal, mantenimiento hogareño, etc., por las que no se recibe una remuneración explícita por parte de terceros, pero tienen un "precio sombra", representado por el costo de los servicios equivalentes que sustituyan su utilidad (ob. cit., punto VII.3). Dentro de esa esfera patrimonial, entiende que no es un componente del lucro cesante (ni siquiera en su versión más lata) ni un tertium genus de daño patrimonial, sino un componente particular del daño emergente (Acciarri Hugo, "Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños", Ed. La Ley, Bs. As. 2015, pág. 254, dentro del Capítulo VIII, parágrafo 4: "El encuadre de la indemnización por incapacidad como daño emergente o lucro cesante. Su indemnizabilidad aún en casos en los que no puede observarse disminución efectiva de ingresos?"). Destaca finalmente, que no existe una relación de estricta equivalencia entre el ingreso presente de una persona y la cuantificación de su incapacidad; no hay ninguna necesidad conceptual que lleve a valorar la disminución determinada (11 % para el juez, 36,20 para la perito médico, y entre un 10 y un 25 % para la perito psicóloga en este caso), tomando como parámetro aplicar directamente el porcentaje sobre el monto de los ingresos que percibía o sigue percibiendo. "Su incapacidad podría haberse visto menguada en esa proporción, pero en una dimensión cuyo valor de mercado sea inferior, porque representa un obstáculo para tareas peor remuneradas. Lo propio, obviamente, puede jugar en sentido inverso. Ambas posibilidades son materia de debate argumentativo estándar en cada proceso? (ob. cit., pág. 259). Por otra parte hay que tener en cuenta que si se estima que esta incapacidad permanente de la víctima hubiera tenido "un impacto del 10 % en su "capacidad vital y potencialidad genérica", no es lo mismo que decir que el valor total de esta capacidad sea del 10 % de la capacidad de generar ingresos?. La distinción no es, como se ha señalado, meramente terminológica, sino que tiene impacto en el monto indemnizatorio (Rodríguez Alfaro Carolina, "Aplicación jurisprudencial de la fórmula "Acciarri" para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", Thomson Reuters, cita on line AP/DOC/998/2016, comentario a "Ruiz Díaz c. Krey Meyer" de esta Sala II). III.2.1: La perito médica produjo su informe -que no mereció pedidos de explicaciones-, a fs. 978-984, y al punto de pericia de la actora que le requería que determinara "porcentaje de incapacidad laboral del actor al momento de consolidarse las secuelas físicas y cicatrices", respondió que el total de incapacidad era del 36,2 % (fs. 983), discriminado de la siguiente manera: - limitación en flexión del miembro inferior: 7 % (la flexión "normal va de 0° a 150°, y el actor tiene 100°); - cicatriz en mentón: 4 % (ver foto inferior de fs. 123, 124, e inferior de fs. 130); - cicatriz en cadera derecha, hipercrómica de 12 cm. de longitud, tipo

queloide: 4,5%; - cicatriz en muslo derecho, cara lateral, de 17 cm. de longitud, hipercrómica, tipo queuloide: 8 % (fotos de fs. 128); - cicatriz en cara antero- superior de pierna derecha, con una disposición transversa, hipercrómica, tipo queuloide, de 8 cm. de longitud: 5% (foto superior fs. 129, hacia la izquierda de la imagen); - cicatriz en muñeca derecha, cara interna, con una disposición circular, hipercrómica, tipo queuloide, de 5 x 5 cm. de diámetro: 7,7 % (fotos inferiores de fs. 129 y 130). Como limitaciones funcionales sólo señaló la limitación en la flexión del miembro inferior derecho, y a las cicatrices las caracterizó como ?secuela estética? (fs. 982 vta., respuesta a punto de pericia m) de la actora; fs. 983 vta., respuesta a punto de pericia 4 de la citada en garantía), no encontrando limitación funcional en la muñeca (fs. 979). No obstante concluyó que la lesión y secuela que presentaba el actor era del 36,2 % (fs. 984). Respecto a los tratamientos sobre las cicatrices queuloides, los indicó ?para mejorar su aspecto físico?, haciendo referencia a la del muslo (fs. 983, punto q), para luego señalar que en la cirugía recomendada por el Dr. Lanfranconi habría que incluir las de la muñeca derecha, cadera y pierna, ?que también afectan la integridad física de la actora? (punto r; el presupuesto confeccionado por Lanfranconi en marzo de 2016 incluyó la de cadera derecha, muslo derecho, pierna derecha y muñeca derecha, ver fs. 34). Esa reparación estética, concluyó, no garantiza la desaparición total pero representa una mejoría ?en el aspecto de su daño estético? (fs. 984). El a quo computó un 11 % de incapacidad (7 % de la limitación de flexión del muslo derecho, y 4 % de la cicatriz en el mentón), por entender, en decisión que comparto, que las restantes cicatrices no influían en las posibilidades económicas del actor ni lo afectaban en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida individual, y por lo tanto, no resultaban incapacitantes en su potencial productivo o genérico (fs. 1054 segundo y tercer párrafos). La referencia de la apelante a la profundidad de las cicatrices, que ?llegaron hasta el hueso?, se relaciona con el 7 % computado por la consecuente limitación de la flexión, y en cuanto a la existencia de pruritos o alergias, fue una manifestación de Lapalma a la profesional (fs. 978 vta.), no constada en el examen. El argumento relativo a que la perito utilizó baremos laborales y no de ponderación estética porque así se le solicitó, y ello impediría al juzgador apartarse del porcentaje de incapacidad laboral del 36,2 % por ella fijado, no resulta a mi modo de ver atendible, porque la profesional, a la hora de responder sendos puntos de pericia de las partes, indicó las secuelas ya analizadas (fs. 982 vta., punto m) y fs. 983 vta., puntos 4 y 5), considerando como ?funcional? únicamente a la limitación de la flexión del miembro inferior izquierdo, disminuida a 100° (arts. 384 y 474 del CPCC). Para acceder a trabajos similares a los que ha acreditado haber desempeñado -empleado de comercio, filetero o chofer de remise-, las secuelas estéticas en la pierna y la muñeca no resultan incapacitantes, no afectan actual o potencialmente su aptitud productiva, en cambio las computadas en la sentencia sí tienen esa incidencia. III.2.2: El agravio respecto a la desestimación de la incidencia de la incapacidad psicológica en la merma de aptitudes productivas en general, prospera aunque no en la medida solicitada. La determinación del porcentaje de incapacidad laborativa - genérica y abstracta - realizada por la Perito médico, es sólo el punto de partida del análisis que debe hacer el Juez para evaluar las concretas repercusiones que esa incapacidad proyecta sobre la vida del damnificado, pues como bien explica Iribarne (Iribarne, Héctor ?De los daños a la persona? Ediar, Bs.As.1995 p.517) se trata de que el Juez comprenda que es lo que puede hacer el lesionado con su capacidad residual, que posibilidades le restan y cuales disposiciones ha perdido. Es por ello que el informe del perito psicólogo no puede ser ignorado al momento de establecer el porcentaje de incapacidad, pues refiere concretamente a deterioros psíquicos resultantes del hecho que se evidencian en la vida diaria de la víctima, y que no solo lo afectan en la esfera extra- patrimonial, sino que limitan también su capacidad de reinsertarse en el mercado laboral. La pericia psicológica producida a fs. 842-854, estableció el porcentaje de esta incapacidad en un rango de entre el 10 y el 25 % (fs. 849 vta., respuesta a punto de pericia 7), para lo que tuvo en cuenta que el examinado se encontraba con dificultades para reinsertarse laboralmente y con una sensación de inseguridad que en sí mismo y en sus propios recursos., que de manera social, lo condicionan negativamente (fs. 850 segundo párrafo), sin aclarar si es el 10% o el 25% de la capacidad anterior al hecho, o si esos mismos porcentajes se calculan sobre la establecida incapacidad laborativa por lesiones físicas, o sobre la incapacidad restante conforme la fórmula de Balthazard. Al apelar, la actora consideró ?aceptable? que no se ?sumaran ambos porcentajes?, pero en razón de ese rango, y contradictoriamente solicitó que se ?adicionara? un 10 % al porcentaje establecido por la perito médica (36,2 %), o al menos, al fijado por el juez (11 %). Sobre el modo de computar la incapacidad psicológica derivada del impacto que el hecho dañoso ha tenido en la psiquis de la víctima, y sus consecuencias, (incluyendo el efecto del llamado ?shock postraumático? que influye negativamente en la aptitud para alcanzar los beneficios esperados, o que hubiera tenido oportunidad de lograr si no hubiera ocurrido el evento dañoso) se ha dicho que el porcentaje corresponde aplicarlo sobre el total de la incapacidad laborativa ya establecida, y en algunos baremos se calcula en el 25% de la incapacidad laborativa producida por lesiones físicas (Juan Carlos Basile en ?Código de tablas de incapacidades laborativas? Santiago Rubinstein, Lexis Nexis, Bs.As.2007 p.117). Así por ejemplo se evidenció en los baremos propuestos por el Dr. Juan Félix Basile (ob. y pag.cit) por amputación de miembros inferiores (otro caso con algunos hechos similares en donde se planteó la cuestión en tratamiento) se fija en un 60%, mientras que la ?real y efectiva? (con la incapacidad psicológica agregada en un 25% de la anterior) se estima en un 75%. (ob.cit.p.139). Allí mismo se indica que ?a

la incapacidad laborativa se debe agregar la incapacidad psicológica? y que ?El valor de la incapacidad psicológica se fija en un 25% de la incapacidad laborativa? (Esta Sala II ?Demchum, Leandro Ezequiel c. Baldiviezo, Germán y Otros s. daños?, causa 165.634 sentencia del 26.12.2018 reg.314-S f°1215/30) Parece útil recordar en este punto que los baremos pretenden ser solo una medición razonable de la mengua producido por las secuelas de las lesiones, y para ello se ha buscado ?estandarizar (standardizar dice el autor) las pautas de evaluación de los detrimentos padecidos por los damnificados atribuyendo ...?a cada afección el porcentaje que la ciencia médica estima razonable...? (Iribarne, Héctor ?De los daños a la persona?ob.cit. Ediar, Bs.As.1995 p.514), sin que ello pueda otorgarle otro valor que el meramente instrumental, orientador, que exige una evaluación en concreto en conjunto con otros elementos (CSJN Fallos: 310:1826/1828/1829). El carácter instrumental y meramente orientador se debe al fundamento estadístico y genérico de los baremos, y a ?lo difuso de los límites entre lo somático y lo psíquico: las afecciones anímicas repercuten funcionalmente en la salud del individuo y los menoscabos corporales no dejan de producir un quebranto en la personalidad de quien los padece (Zavala de González, Matilde ?Resarcimiento de daños: daños a las personas? Hammurabi, Bs.As.2005, 2 a, p.188). El bien afectado es la integridad psicofísica del actor, pues como bien se ha dicho ?no existe una incapacidad síquica y una incapacidad física: existe una sola incapacidad y ella puede estar dada por la afectación del fondo vital o esfera anímica. Lo vivo corporal y lo anímico inmaterial no son esferas independientes o separadas, sino que representan una totalidad integrada con polos coexistentes? (Cám.Civil y Com. Mercedes, Sala II, 21.11.85, JA 1986-IV-417 cit. Por Zavala de González ob. y página citadas) De allí que separar ambas incapacidades y fijar una en un porcentaje de la total, de la física, o de la restante, pueda resultar (en algunos casos como éste) errado, pues - por ejemplo - si la incapacidad psicológica siempre fuera el 25% de la física, entonces cuando la lesión se ha producido sólo en la psiquis, no habría incapacidad alguna, y son numerosos los casos en que las lesiones psíquicas constituyen la principal razón de la incapacidad, y a veces la única. Tampoco correspondería aplicar el método de la incapacidad restante cuando las incapacidades concurrentes no son sucesivas, sino que se produjeron como consecuencia del mismo hecho (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X; Sala VII, Sala I; S.D. N° 8104 del 24/05/2000, in re ?Chiaffitelli, Juan Vicente c. E.F.A. s/ accidente - acción civil? entre otras). Corresponde entonces atender al caso particular, y advertir que a raíz de las lesiones a su psiquis (?Trastorno de estrés postraumático, trastornos de ansiedad comorbido a cuadro depresivo? dice la Sra. Perito a fs.843), aunque se hubiera recuperado físicamente en alto grado, el actor no se encuentra aún en condiciones de reinsertarse en el mercado de trabajo, pues las secuelas psíquicas le impiden trasladarse diariamente en moto para ir a trabajar o para volver a su casa como lo hacía antes del hecho, que las conductas de re- experimentación y de evitación señaladas por la Sra. Perito Psicóloga afectan esa posibilidad, que el cambio de su esquema corporal altera su modo de relacionarse, que sufre depresión (fs.843), y que perdió su trabajo, lo que implica -al decir de Iribarne- una pérdida total de los ingresos que percibía antes del hecho, aunque su porcentaje de incapacidad sea menor, pues estos rara vez coinciden (ob. cit. página 515), y que como remarca la Sra. Perito (fs.850) que ha perdido ?la confianza en sí mismo, su seguridad?, que entiendo necesaria para ingresar un mercado laboral que hace ya tiempo es exigente y limitado. En el caso, considero que la incapacidad psíquica debe agregarse a la anatómico funcional del 11% arrojando una incapacidad total del 21% (art. 1746 del CCCN; arts. 260 y 266 del CPCC). Las posibilidades de recuperación con el tratamiento adecuado que mencionó la perito (fs. 848 vta., punto de pericia 5 y fs. 851 vta. punto 12), fueron traídas a colación por el apoderado de la demandada y de la aseguradora, para argumentar que ya se la ha concedido el costo del tratamiento respectivo, por lo que ?no cabe ningún incremento del parámetro para el cálculo de incapacidad?. Considero que tal pretensión es errada, porque si bien la perito señaló que el cuadro no es irreversible, indicó el tratamiento con el que es ?esperable una buena evolución y una marcada remisión de la sintomatología?, que párrafos antes describe como determinante de ?un deterioro que limita la capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y recreativa? (fs. 848 vta., tercer párrafo), acentuándose ciertas características de personalidad como la baja autoestima, derivadas de las dificultades para reinsertarse laboralmente, la dependencia económica que esto genera, la ruptura con su pareja por decisión de ella y la incomodidad que le producen las cicatrices, circunstancias que erosionan la seguridad en sí mismo y en sus propios recursos (fs. 849). III.2.3: En cuanto a la incapacidad específica para realizar las mismas tareas que venía desarrollando como filetero en una compañía de pescado que se considera omitida, el agravio parte de una premisa que cristaliza las posibilidades laborales del actor por el resto de su vida útil, sin proyecciones ni aspiraciones de mejoras (ver contestación de agravios del apoderado de la demandada y citada en garantía, apartado D), que por otra parte, se han acreditado (basta ver el promedio final de 7° y 8° grados a fs. 917, o las certificaciones de los cursos de inglés aprobados a fs. 708; testigo Ovejero a fs. 512 vta., respuesta a pregunta 19). Acciarri señala que ?la determinación de una incapacidad sobre la base de la total obrera (es decir, un parámetro general de capacidad laboral indeterminada) sería aquí el nivel de mayor generalidad y sólo sería apropiado en tanto y en cuanto no existiera otra información relevante de mayor especificidad, que se pudiera tener por acreditada a los fines del proceso. Si hubiera información considerada acreditada sobre una cierta habilidad o capacitación especial de la víctima que permitiera realizar tareas de jerarquía y remuneración

superior, debería tomarse en cuenta la incapacidad con relación a ese tipo de tareas? (Acciarri Hugo A., ?Elementos...?, ob. cit., pág. 250). No obstante, reitero que la única limitación funcional peritada fue tenida en cuenta para la cuantificación del rubro, y que las cicatrices en su pierna -cuyo costo de reparación quirúrgica estética ha sido admitido como indemnización- no afectan su aptitud productiva. No se ha probado que el actor tuviera algún tipo de capacitación o habilidad especial que conduzca a valorar su incapacidad fuera de los parámetros generales laborales (art. 375 del CPCC), por lo que no corresponde aumentar por este parcial el porcentaje a considerar.

III.2.4: Finalmente, en cuanto a la crítica relativa a la desestimación de la reparación por incapacidad vital no lucrativa, entiendo que la diferencia ha sido conceptualmente aprehendida por el Sr. Juez al abrir el capítulo sobre la incapacidad sobreviniente (fs. 1053). Se le reprocha al sentenciante que haya tenido en cuenta sólo baremos laborales establecidos por la perito médico, a quien, pongo de resalto, se le solicitó expresamente -como la misma apelante señaló- que determinara porcentajes de incapacidad de ese tipo (punto de pericia o) de la actora a fs. 982 vta.), que se basan en la ley 24.557 (ver bibliografía citada por la perito a fs. 981 vta.), sin incluir entre los puntos de pericia uno que le requiriera establecer un porcentaje descriptivo de la incapacidad funcional general y no únicamente la laboral ((art. 458 del CPCC). No obstante, la fórmula utilizada permite tener en cuenta a la hora de la carga de datos las actividades ?económicamente valorables? que la víctima se ha visto privada de realizar. El problema que encuentro es la falta de prueba tendiente a demostrar cuáles han sido las actividades que el actor desarrollaba sin recibir una remuneración y que ha debido sustituir con el costo de servicios equivalentes, ese ?precio sombra? del que habla Acciarri, para considerarlas como ?económicamente valorables?, porque no podemos perder de vista que estamos mensurando aquí un daño patrimonial, sin perjuicio de su proyección en la esfera extrapatrimonial (la propia apelante reconoció que las actividades en que se vio limitado no fueron sustituidas por trabajos de terceras personas contratadas para ello, apartado E) de su escrito electrónico; art. 375 del CPCC). Por los fundamentos expuestos, considero que el porcentaje de incapacidad sobreviniente a computar a los fines de la carga de datos en la fórmula ?Acciarri? es del 21 %.

III.2.5: En las variables de cálculo utilizadas por el a quo hay una diferencia respecto a la edad inicial, ya que toma la de 22 años al 2.1.2016 -fecha del alta kinesiológica-, y no la 25 años que es la que tiene el actor al momento del dictado de esta sentencia (nació el 31.8.1993), que es la opción a) del Instructivo para el uso de la ?Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables? y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, que esta Sala viene utilizando reiteradamente (www.derechouns.com.ar; exped. ?Ruiz Díaz c. Krey Meyer? y ?Laveri c. Praiz? citados; exped. 162.661, ?Barcos Carlos Alberto c. Depaoli Andrés Hernán s. Daños y perjuicios?, sent. del 10-11-2017, R 279-S F° 1412/32; exped. n° 137.518, ?Santecchia Guillermo Juan y ot. c. Basile Rubén Alfredo y ot. s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-2-2018, R 27-S F° 125/87; exptes. n° 165.213 y 165.214, ?Taddey Vanesa c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, y ?Cerizola Dante Oscar c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, sent. única del 4-6-2018, R 138-S F° 723/39; exped. n° 165.269, ?Henestrosa Etelvina c. Amendolara Alejandro F. y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 14.6.2018, R 155-S F° 820/31; exped. n° 166.572, ?Alonso Pehuén c. Badalini Claudio W. y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 24.10.2018, R 253-S F° 1031/8). El autor señala que las diferencias entre las modalidades de cálculo pueden ser notables en épocas con alta inflación, por lo que la opción resulta preferible, sin perjuicio de que en este caso concreto, la falta de impugnación, impide como ha quedado establecido, apartarnos del ingreso inicial de \$ 7000 mensuales con más SAC fijados por el juez. En la opción a), la indemnización por incapacidad sobreviniente correspondiente al momento de la finalización de las terapias curativas (2.1.2016) y hasta la fecha de la presente sentencia deben estimarse por separado puesto que, tal como apunta con acierto Acciarri, no hay allí un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, que debe ser cuantificado como una deuda ordinaria en mora (aut. cit., ?Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables?). En cuanto a la edad hasta la que se efectuará el cómputo, considero que debe elevarse hasta los 72 años, que es la establecida por el Indec como el promedio de vida para los varones en la Provincia de Buenos Aires (?Proyecciones provinciales de población por sexo y grupo de edad 2010-2040?, www.indec.gov.ar, ?Población?, punto 3: ?Proyecciones de mortalidad. Esperanza de vida al nacer en la Provincia de Buenos Aires?, período 2008-2010, esta Sala II, exped. 137.518, 165.213, 166.214 ya citados, entre otros). Esta modificación, implica extender las probabilidades de incremento. El a quo tuvo en cuenta un incremento de los ingresos de un 30 % entre los 22 y los 35 años, con un 100 % de probabilidad; otro tanto entre los 35 y los 50 años; y a partir de los 50 años hasta los 65 consideró improbable la chance de aumento (fs. 1057 segundo párrafo). Considero que es correcto computar un 30 % de aumento de los ingresos entre los 25 (edad inicial por la que opto) y los 35 años; pero entre los 35 y los 50 años, que es probablemente la etapa productiva por excelencia de toda persona, y en atención a las características del actor que describe la perito psicóloga (fs. 848 vta.), y el afán de progreso y mejora percibido por los testigos (Ovejero a fs. 512 vta., pregunta 19), estimo que debe computarse un 50 % de aumento con un 100 % de probabilidad; entre los 50 y los 65 años, un 30 % con un 50 % de probabilidad, y de ahí hasta los 72 años sin

incrementos. El análisis de las probabilidades de incrementos tiene en cuenta la circunstancia de que para el tercer trimestre de 2018 la tasa de desocupación abierta en el país fue del 9 %, y sin bien la desocupación de los varones entre el segundo y tercer trimestre se redujo en un 0,9 puntos porcentuales (de 8,7 % a 7,8 %) a raíz del descenso de la tasa específica de los varones de 14 a 29 años que disminuye 2,8 puntos porcentuales (de 17,35 a 14,5%; www.indec.gov.ar/ Trabajo e ingresos, ?Informes Técnicos? tercer trimestre 2018, última entrada 11.1.2019), en Mar del Plata las tasas de desocupación y subocupación aumentaron al 11,8 % y 16,7 % respectivamente, y para varones de hasta 29 años fue del 18,8 %; del 30,4 % de trabajadores demandantes de empleo, un 20,9 % lo conforman los varones con educación secundaria incompleta (misma fuente, cuadro 3.1. ?Resultados de aglomerados urbanos, región Pampeana. Mar del Plata?, y cuadro 3.6, ?Indicadores socioeconómicos de la población de 14 años y más en la región Pampeana. Mar del Plata?), lo que me lleva a estimar las probabilidades de incremento de ingreso en los porcentajes indicados. Con estas variables, la fórmula arroja la suma de \$ 713.705,83 (la planilla de cálculo que forma parte integrante de la sentencia se agrega por separado). El tramo anterior, entre el 2.1.2016 y la fecha de esta sentencia (39 meses con SAC), se calcula a razón de \$ 1470 (7000 x 21 % = 1470), lo que arroja la suma de \$ 57.330 por ese período transcurrido, totalizando por el rubro incapacidad sobreviniente la suma de \$ 771.035,83, a la que se eleva la indemnización correspondiente. III.3: La indemnización para reparar el daño moral también debe elevarse. Al tratarse de una materia indemnizable, los desequilibrios presuponen valorar la situación de la víctima previa y posterior al hecho, pues ?nadie mantiene un perfecto equilibrio vital y lo que se indaga es el empeoramiento del que gozaba el afectado, aunque no fuera completo ni ideal (Zavala de González Matilde, ?Resarcimiento de daños?, tomo 5ª, ?¿Cuánto por daño moral? (La indemnización por desequilibrios existenciales)?, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 22). La misma autora señala que ?Como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudir a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva? (ob. cit., págs. 106 y sgtes.). Refiere que ?los daños morales son perceptibles por el Juez?, pues ?el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación? (ob. cit., pág. 107). Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González Matilde ?Cuanto.... ?, ob. cit., pág. 80 y sgtes.; en igual sentido, Viramonte Carlos y Pizarro Ramón Daniel, ?Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L.Q.?, en La Ley Córdoba 2007, junio, pág. 465, con cita de CSJN, sent. del 4-10-1994, en JA-1995-II-19, y 10-11-1992, en JA-1994-I-159; Peyrano Jorge W., ?De la tarificación judicial ?iuris tantum? del daño moral?, en JA-1993-I-877; esta Sala, Expte. N°142.767, ?Salazar Bustos Silvia c. Colavita Mauricio y ot. s. Daños y perjuicios?, sent. del 8-10-2009, R 876 (S) F°4778/86). La autora que vengo citando (en RCyS 2013-XI portada), advierte que ?la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento? y que ?no se justifica una punición disuasoria cuando no está de por medio alguna reprobación de la actitud subjetiva del responsable?. III.3.1: Además de las circunstancias que tuvo en cuenta a fs. 1058 vta., referidas a la internación, las condiciones en las que se encontraba de las que da cuenta la historia clínica, durante los primeros cuatro días se mantuvo ?somnoliento, poco colaborador con el interrogatorio y el examen físico? (fs. 54 a 55 y sgtes.), producto del traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento que había sufrido (fs. 979 pericia médica), sedado por los intensos dolores que padecía (a fs. 982, la perito indicó que las lesiones eran muy dolorosas, porque el periostio (tejido que recubre los huesos) tiene una alta inervación sensitiva, lo que explica los síntomas sufridos por el actor, secundarios a las fracturas), la intervención quirúrgica, el tratamiento kinesiológico prolongado (fs. 1058 primer párrafo del fallo), el sentenciante valoró especialmente las cicatrices que quedaron en el cuerpo del actor, ?que han alterado para siempre su apariencia física, aunque puedan ser objeto de una cirugía reparadora para mejorarlas? (fs. 1058 vta. último párrafo, 1059 y 1059 vta.). En la discriminación de los porcentajes de incapacidad que estableció la perito médica, sin contar la del mentón, las restantes implicaron un 25,2 % del porcentaje total de 36,2 % (pu nto de pericia o) de fs. 982 vta. y 983), calificadas como ?secuelas estéticas?. Esas secuelas estéticas -unidas a todo el proceso por el que tuvo que atravesar-, han afectado seriamente la seguridad en sí mismo y la capacidad de goce de Lapalma, de cuyo relato, la perito psicóloga pudo inferir que con posterioridad al accidente tuvo los síntomas característicos de trastorno depresivo: tristeza, sensación de vacío, episodios de llanto, falta de apetito (perdió 8 kilos que luego fue recuperando), insomnio de conciliación, pesadillas (por poco tiempo) sensación de fatiga y cansancio, observando en él, lo que Beck denomina la ?tríada cognitiva de la depresión?, es decir, una visión negativa de sí mismo, del mundo y del futuro (fs. 843 último párrafo). También detectó en él -dos años después del accidente- síntomas compatibles con un trastorno de ansiedad: estado de preocupación constante, pensamientos intrusivos (recuerdos

sobre momentos de la internación), sensaciones de inquietud, impaciencia e irritabilidad, palpitaciones, malestares digestivos, preocupaciones somáticas que lo llevan a ir al hospital con frecuencia, oleadas de calor, sudoración y mareos (fs. 943 vta.). En lo social, lo que más lo afectó fue que su novia lo dejara, ¿fue una de las peores consecuencias?, y en lo laboral, el hecho de haber intentado recuperar su trabajo y no conseguirlo, porque su ¿estado físico no era óptimo?; el hecho de realizar sólo trabajos informales lo afecta emocionalmente porque esa precariedad laboral le ha hecho perder autonomía económica (fs. 943 vta., último párrafo). La profesional consideró que durante el primer año posterior al accidente el examinado había reunido los criterios de tres trastornos: por estrés postraumático, de ansiedad generalizada y un episodio depresivo mayor; pero sólo podía ser diagnosticado con episodio depresivo mayor y trastorno por estrés postraumático, porque el de ansiedad generalizada exige ¿que la ansiedad y la preocupación no aparezcan exclusivamente en el transcurso de un trastorno por estrés postraumático?. Este último tiene una alta comorbilidad con el trastorno depresivo, y la superposición de ambos, ¿es común que suceda a consecuencia de haber sufrido un accidente? (fs. 945 vta.). Al momento del examen -junio de 2017-, al disminuir con el tiempo el TEPT, presentaba un cuadro compatible con ¿trastornos de ansiedad comorbido a un cuadro depresivo? (fs. 946), determinando que a una neurosis de grado moderado como la del caso, ¿correspondería un porcentaje de incapacidad de entre un 10 y un 25? (fs. 849 vta.). Señaló que existía una convergencia entre el discurso manifiesto de Lapalma, sus manifestaciones emocionales y no verbales y los indicadores observados en las pruebas, sin detectar intentos de simulación (fs. 852 vta.). El accidente y sus secuelas también lo han privado de desarrollar otras actividades que hacían a su placer y entrenamiento físico, como la práctica del kick boxing, porque tiene contraindicadas las actividades donde se sobreexija la osteosíntesis del muslo derecho, limitación que en atención al sexo, edad y parte del cuerpo de la víctima afectada, adquiere una particular gravitación en el caso (fs. 983 punto de pericia p); testigo Ovejero a fs. 512 vta. respuesta a pregunta 10; Piedrabuena a fs. 524 vta., respuesta a pregunta 14). Teniendo en cuenta estas circunstancias y que el a quo consideró que la lesión estética debía ser reparada en el campo del daño extrapatrimonial (fs. 1053. vta., segundo párrafo), propongo que el monto para reparar el daño moral se eleve a la suma de \$ 600.000 reclamada en la demanda y sostenida en el recurso de la actora. IV: Estimo necesario efectuar una breve referencia a la cuestión sobre la medida del seguro introducida por la citada en garantía, pues entiendo que la aclaratoria resuelta por el juez a fs. 1070 debió ser más explícita en cuanto a la extensión de la fórmula ¿en la medida del seguro? para condenar en forma concurrente a la aseguradora (fs. 1034 vta. tercer párrafo).

La aclaratoria presentada mediante escrito electrónico de fecha 12.7.2018, persiguió que se indicara ¿cuáles rubros indemnizatorios quedaron comprendidos en la limitación de cobertura?, recordando que la póliza establecía para el riesgo cubierto de muerte o daños corporales a personas no transportadas, la suma de \$ 2.000.000 por acontecimiento, con un tope máximo de \$ 500.000 por persona y \$ 800.000 por acontecimiento por daños materiales a cosas de terceros. Al contestar la citación en garantía, su apoderado aceptó la existencia del seguro, y señaló los límites del aseguramiento (fs. 387 vta.); la actora, sobre la limitación de cobertura, se limitó a solicitar la inhibición general de bienes de la demandada y su anotación en los Registros de Propiedad Inmueble y del Automotor (fs. 406 vta., punto VI, apartados 2 y 3), medida que fue rechazada a fs. 408. En su escrito de expresión de agravios, el apoderado de la aseguradora manifestó que entendía ¿necesario a esta altura dejar sentado una vez más la necesidad de una aclaración al respecto pidiendo se tenga presente la cuestión para la etapa de ejecución de la sentencia, ya que entiendo que la cobertura contratada no cubría el ¿daño moral?. La respuesta fue que esa aclaración resulta ¿inadecuada e improcedente? y no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia (pese a que no fue planteada como tal), porque resulta una mera alegación y reiteración de un pedido de aclaratoria ya desestimado, por lo que solicitaron que igual destino tuviera en esta instancia. IV.1: Tratándose de una cuestión propuesta y debatida en la instancia anterior, reiterada en ésta, estimo que corresponde abordarla, pues, como indiqué, la mera alusión a la fórmula ¿en la medida del seguro? no es suficiente para fijar los exactos límites de la cobertura, en esta cuestión que resulta trascendente. Es cierto que la póliza a fs. 365, al fijar la suma total de riesgos cubiertos (\$ 4.000.000), en el punto 1 habla de ¿Muerte o daños corporales a personas no transportadas?, reiterada en las Condiciones generales a fs. 369 vta. (CG-RC 1.1. Riesgo cubierto), en forma genérica, ¿daños corporales a personas sean éstas transportadas o no transportadas? (sin incluir la muerte), pero no lo es menos, que las disposiciones de la Póliza Básica del Seguro de Responsabilidad Civil hacia terceros (cubriendo los riesgos de muerte, incapacidad, lesiones y obligación legal autónoma), en su cláusula 1 se refiere al ¿límite de responsabilidad por los daños personales? causados por el vehículo asegurado, que se establecen en la cláusula 2: a) muerte o incapacidad total o permanente; b) incapacidad parcial y permanente, entre otros (fs. 369). La CG-RC 1.2 de las mismas Condiciones generales, ¿Riesgo cubierto?, contiene una disposición específica, referida a la cobertura de ¿b) Lesiones y/o muerte a terceros no transportados? (fs. 369 vta.). IV.2: No le asiste razón a la aseguradora, debiendo diferenciarse entre lesión y daño. Matilde Zavala de González enseña que ¿el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos? y que determinar su sustancia ¿exige atender a las consecuencias y repercusiones de la lesión, no al bien jurídico lesionado y ni siquiera al interés vinculado a su preservación?. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de

determinadas lesiones (Zavala de González Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 2-a, pág. 30 y sgtes.). La lesión de un interés jurídicamente protegido es siempre axiológicamente disvaliosa para el derecho, pero la configuración del daño resarcible, señala, requiere la confrontación con otra perspectiva axiológica, la que examina el resultado de la lesión, y que puede ser económica o espiritual: hay daño patrimonial si el resultado es antieconómico y daño moral si es antiespiritual. ¿La afección anímica o la minoración económica no son consecuencias del daño, sino el daño mismo? (ob. cit., pág. 32). El riesgo asegurable enseña Stiglitz, constituye la probabilidad o posibilidad (contingencia) de realización de un evento dañoso (siniestro) previsto en el contrato y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida (art. 1 de la ley 17.418; Stiglitz Rubén S., ¿Derecho de Seguros?, ed. La Ley, Bs. As. 2005, Tomo I, pág. 218). El evento, cuya posibilidad de realización se traduce en riesgo y cuya efectiva y concreta verificación constituye el siniestro, ¿es un hecho que pertenece al mundo de las percepciones (sensible), un hecho constatable y susceptible de provocar un daño? (ob. cit., pág. 220), por lo que el asegurador sólo está obligado a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (art. 1 L.S.), en el marco de un riesgo debidamente determinado (ob. cit., pág. 223). Más allá de la imprecisiones terminológicas con que la póliza haya sido redactada (arts. 1061, 1062 segundo párrafo, 1063, 1064 del CCCN), en su cláusula CG-RC 1.2 de las Condiciones generales, ¿Riesgo cubierto?, queda determinado con toda claridad que el riesgo cubierto - sobre el que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado-, son las lesiones que el tercero no transportado pueda sufrir, y esas lesiones, una vez constatadas, son generadoras de daño patrimonial o extrapatrimonial, incluidos ambos en el límite de la cobertura contratada (arts. 1737, 1738, 1741 y ccdtes. del CCCN). El daño moral no ha sido objeto de una exclusión expresa, directa ni indirecta, a la hora de la individualización y delimitación del riesgo asegurado (arg. art. 158 de la ley 17.418), y como señala Stiglitz (ob. cit., pág. 225), ¿cuando la redacción de la cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en punto a la extensión de su garantía, la interpretación del contrato debe favorecer (¿se hará en el sentido más favorable?) al asegurado (art. 37 de la ley 24.240), trasladándose al asegurador (predisponente) las consecuencias que derivan no sólo de la imprecisión o vaguedad empelados en el lenguaje y en los conceptos, sino porque asumió (autoría) los riesgos de la redacción de la póliza en su condición de profesional y bajo la presunción irrefragable de contar con experiencia y aptitud técnica? (con cita en nota 29 de las opiniones concordantes de Halperin J., ¿Seguros?, cit., Tomo II, n°34, pág. 543; Stiglitz Rubén S. y Stiglitz Gabriel A., ¿Derechos y Defensa del Consumidor?, ed. La Rocca, Bs. As. 1994, pág. 314). Con este alcance deberá ser interpretada la condena concurrente de la aseguradora (arg. art. 34 inc. 5, apartados b y e).

VOTO POR LA NEGATIVA El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: Corresponde: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, elevando el monto para indemnizar la incapacidad sobreviniente a la suma de pesos setecientos setenta y un mil treinta y cinco con ochenta y tres centavos (\$ 771.035,83), y el daño moral a la de pesos seiscientos mil (\$ 600.000), con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia. II) Las costas se imponen a la demandada y a la citada en garantía vencidas (arts. 68 del CPCC y 118 L.S.). III) Tener presente la aclaración efectuada en el considerando IV para la etapa de ejecución de sentencia. IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967.

ASÍ LO VOTO El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, elevando el monto para indemnizar la incapacidad sobreviniente a la suma de pesos setecientos setenta y un mil treinta y cinco con ochenta y tres centavos (\$ 771.035,83), y el daño moral a la de pesos seiscientos mil (\$ 600.000), con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia. II) Las costas de la Alzada se imponen a la demandada y a la citada en garantía vencidas (arts. 68 del CPCC y 118 L.S.). III) Téngase presente la aclaración efectuada en el considerando IV para la etapa de ejecución de sentencia. IV) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC).

Devuélvase 038508E