

Sueldo A Tomar En Cuenta Para La Indemnizacion Por Incapacidad Sobreviniente

JURISPRUDENCIA

Sueldo a tomar en cuenta para la indemnización por incapacidad

sobreviniente

Se eleva la indemnización otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente al actor, por considerar que su aptitud productiva estaba por encima del salario mínimo.

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a trece de agosto de 2019, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal y María Cristina Díaz Alcaraz, para dictar sentencia en los autos caratulados "Arribas, Oscar contra Polcari, Carmen y otro sobre daños y perjuicios" (expediente número 151.624) 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 debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Díaz Alcaraz, resolviéndose plantear las siguientes

CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 417/422? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: A- El asunto juzgado. A. 1)

Oscar Arribas promovió demanda de daños y perjuicios contra Carmen Polcari por la suma de \$142.616, ¿o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir? (sic, fs. 29), más intereses y costas, solicitando la citación en garantía de La Perseverancia Seguros S.A. Relató que el día 2 de julio del 2010 circulaba al mando de su motocicleta marca Motomel, dominio ?, por la calle Río Juramento de la localidad de Monte Hermoso en dirección descendente (la arteria es de doble mano de circulación y en su intersección con calle Piedrabuena cambia de nombre, pasando a llamarse San Martín), cuando fue imprevistamente embestido por una camioneta Ford F-100, dominio ?, perteneciente a la coemplazada Carmen Polcari, que en ese momento era conducida por Giovanni Polcari, quien circulaba por la mano contraria de la misma vía y que, al llegar al cruce con la calle Piedrabuena, giró intempestivamente hacia la izquierda para tomar esta arteria sin efectuar señal alguna que anticipara su imprudente maniobra. Agregó que a raíz del impacto y la posterior caída sufrió politraumatismos en la rodilla diestra y en el hombro derecho, siendo trasladado a la guardia del Hospital Ramón Carrillo de Monte Hermoso, donde le practicaron una serie de estudios determinando, en ese momento, que no tenía fracturas ni quebraduras; sin embargo, dado que los dolores persistían, intervino Provincia ART -puesto que se trató de un accidente in itinere- y fue derivado al Hospital Privado del Sur de esta ciudad, lugar en el que le realizaron estudios más complejos, los que "pueden sugerir" la presencia de una fractura en el hombro y lesiones osteocentrales en la zona de la rodilla, por lo que debió realizar diversas sesiones de kinesiología. Explicó las limitaciones que padece con motivo de las lesiones sufridas, mencionando que se desempeña laboralmente como docente, lo que le impone permanecer durante varias horas de pie.

Solicitó el resarcimiento de la incapacidad psicofísica que sufre como consecuencia del siniestro por la suma de \$105.991, estimando su disminución en la capacidad para generar ingresos en un 20%. Indicó que percibía un salario de aproximadamente \$2.000 por su labor como profesor de música en una escuela secundaria de Monte Hermoso y que también daba clases particulares, obteniendo un ingreso extra de \$400 o \$500 mensuales; asimismo, señaló que participaba en una orquesta, haciendo diferentes presentaciones que le reportaban alrededor de \$300 por mes. Reclamó además la indemnización por daño moral, cuantificándolo provisoriamente en el monto de \$35.000. Independientemente de lo anterior, manifestó que padece un daño psíquico que se manifiesta en malestar, angustia, fobia a los automóviles, insomnio, falta de apetito, sensación de desapego, restricción de la vida afectiva y sensación de un futuro limitado; por esta partida pidió que se adicione un 5% a la incapacidad física que se determine.

Finalmente requirió la suma de \$1.625 por los daños experimentados en la motocicleta, ofreció prueba -que luego amplió a fs. 40-, fundó en derecho y solicitó que se haga lugar a la acción, con costas. A. 2) A fs. 61/67 el letrado Alberto A. Almirón contestó la demanda invocando el carácter de gestor procesal de Juan Polcari, aclarando a fs. 69 que en realidad lo hacía en nombre de la demandada Carmen Polcari; así se lo tuvo por presentado a fs. 79 una vez acreditada la personería invocada. Reconoció la ocurrencia del accidente de tránsito referido en el escrito de inicio, pero negó que los hechos sucedieran como los relató el actor, pues el estropicio se produjo por culpa exclusiva de la víctima. En efecto, dijo que Juan Polcari circulaba por la avenida San Martín en sentido hacia el oeste y, al arribar a la intersección con la avenida Piedrabuena, tras disminuir la velocidad, cerciorarse de que no obstaculizara el tránsito y hacer seña de luces, comenzó a girar hacia la izquierda; pero después de haber transpuesto más de la mitad de la avenida fue sorprendido por la rauda aparición del motociclista, quien transitaba de manera zigzagueante y a una velocidad "demencial", embistiéndolo en su lateral derecho. A continuación negó pormenorizadamente los hechos y la autenticidad de los documentos en los que el demandante fundó la estimación de los daños, destacando que se trató de un accidente in itinere, por lo que solicitó que se tenga presente cualquier indemnización que haya abonado la ART. Cuestionó la procedencia del daño moral y, en cuanto al menoscabo psíquico, resaltó que este rubro carece de autonomía, pues se superpone con los otros reclamos; por otra parte,

desconoció que la motocicleta resultara dañada en el siniestro y, a todo evento, tachó de excesivo el importe estimado para su reparación. Ofreció prueba, fundó en derecho y pidió el rechazo de la acción, con costas. A. 3) A fs. 97/104 se presentó La Perseverancia Seguros S.A., contestando la citación en garantía. Reconoció la existencia y vigencia de la cobertura asegurativa sobre la camioneta Ford que intervino en el hecho y acompañó la póliza respectiva. A continuación sostuvo -en términos similares a los vertidos por la parte demandada- que el accidente se produjo por el accionar culposo del actor. Criticó los rubros indemnizatorios reclamados, ofreció prueba y pidió el rechazo de la acción, con costas. B- La solución dada en primera instancia.

La jueza de grado anterior, como cuestión liminar, analizó el hecho bajo la órbita del segundo párrafo in fine del art. 1113 del Código Civil, en función de la teoría por el riesgo creado aplicable a los casos de daños provocados por el riesgo o vicio de las cosas y, luego de valorar la prueba producida, resolvió hacer lugar a la demanda incoada, con fundamento en que el actor ha abastecido los recaudos a su cargo: en los escritos de contestación de demanda y citación en garantía quedó reconocida la ocurrencia de la colisión entre los vehículos mencionados; la historia clínica de fs.182/193, el peritaje médico de fs. 250/253 completado a fs. 300/301 y 318/319, y el informe pericial mecánico de fs. 248 y 314 demuestran que el accionante sufrió daños, tanto en su integridad física como en su patrimonio; por su parte, el informe de fs. 211/212 acredita que en el momento del hecho la camioneta Ford era de propiedad la demandada; por lo tanto, pesaba sobre ésta probar que la conducta de la víctima interrumpió el nexo de causalidad; pero como no lo hizo, debe resarcir el daño causado. Seguidamente evaluó los distintos rubros resarcitorios requeridos por separado.

B. 1) En lo que concierne a la indemnización por incapacidad psicofísica, señaló que si bien el actor alegó que se desempeñaba como profesor de música en la Escuela Secundaria Nro. 2 de Monte Hermoso y que además daba clases particulares y participaba en una orquesta realizando ocasionalmente presentaciones rentadas, sólo acreditó que trabajaba en la escuela secundaria, demostrando con los informes de fs. 158 y 229/243 que daba clases de educación artística dos veces por semana durante una hora cada día y que en julio del 2010 percibía mensualmente por esa labor la suma de \$1.541,80 (fs. 232). Indicó que dicha cifra está claramente desactualizada y no hay otro elemento de juicio que permita tomar una más reciente, por lo que a fin de establecer un parámetro para el cálculo de la indemnización por incapacidad lo comparó con el salario mínimo vital y móvil fijado en esa época, haciendo una estimación a valores de hoy. En ese derrotero, señaló que según la Resolución 2/2010 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, en julio de 2010 el sueldo mínimo ascendía a \$1.740; es decir, que los ingresos del demandante representaban casi el 90% de ese importe; y como en la actualidad el haber mínimo es de \$ 10.700 (Res. 3/2018 del mismo organismo), a los fines del cálculo del resarcimiento estimó un ingreso mensual de \$9.630. Aclaró que computa la remuneración del actor a valores actuales en función del criterio sustentado por esta Alzada (causas ?Borda?, expte. 140.551, sent. del 19/6/2013, L.S. 34, N.O. 82 y ?Tello?, expte. 142.282, fallado el 13/5/2014, entre otras) y que se trata de una suma determinativa, que no necesariamente debe reflejar al centavo lo que el demandante habría dejado de ganar, sino que representa un parámetro que permite fijar de una manera más o menos objetiva la incidencia de la incapacidad sobreviniente. Luego de evaluar la prueba pericial médica, dijo que si bien el experto dictaminó que el actor porta una incapacidad del 32% (fs. 252, 300 y vta. y 318 vta.), atendiendo a la impugnación formulada por la parte demandada a fs. 312, le asiste razón al impugnante puesto que en el primer informe el galeno no expuso adecuadamente los fundamentos científicos de lo dictaminado y sólo mencionó la disfunción del manguito rotador del hombro derecho, sin hacer referencia a la bursitis a la que luego asignó el 8% de incapacidad (fs. 300 vta.); también acertó la accionada cuando sostuvo que el porcentaje total al que ascienden las distintas minusvalías computadas es el 21%, según los valores del baremo referido por el experto, lo que resulta más cercano al 20% estimado por el propio actor. Dado que Arribas tenía 35 años a la fecha del siniestro, estimó 40 años restantes de vida económicamente productiva, en tanto coincide con la edad límite de 75 años que -según dijo- viene considerando esta Alzada; por otra parte, determinó la tasa de interés en un 4%. En consecuencia, utilizando la fórmula polinómica de cálculo de renta futura, estimó esta partida resarcitoria en la suma de \$520.350. Sin embargo, señaló que con el informe de fs. 125/135 quedó acreditado que Provincia ART le liquidó al actor una indemnización de \$18.000. Para hacer un cálculo a valores equiparables, computó que, en la época en que percibió esa suma, ésta representaba 11,67 veces el salario que percibía; esa cifra multiplicada por el salario que incluyó en la fórmula polinómica arroja el monto de \$112.427, que debe descontarse del resultado obtenido, por lo que al tratarse de valores determinativos fijó la reparación del daño por incapacidad física en \$408.000. B. 2) En lo atinente al daño moral, precisó que tanto el accidente en sí mismo, como las contingencias que se sucedieron con motivo de las lesiones padecidas menoscabaron el ánimo y la tranquilidad espiritual de la víctima; padeció traumatismos de rodilla y hombro derechos, que le provocaron desgarro del tendón del músculo supraespinoso, y si bien no debió ser sometido a intervenciones quirúrgicas, presenta limitaciones en la función de rotación y elevación del húmero (historia clínica y pericia médica); fue atendido en el Hospital Privado del Sur de esta ciudad y debió practicarse estudios también en este medio, distante a 100 kilómetros de su domicilio (fs. 161/165), así como concurrir en reiteradas oportunidades a la ART (fs. 125/135). Presumió los dolores físicos que tales lesiones le produjeron y las limitaciones en su vida de relación durante el lapso

que demandó su recuperación y, de acuerdo con la teoría de los placeres compensatorios, valoró los escasos datos que constan en la causa para determinar qué bienes o actividades obrarían como gratificación en el demandante: el actor tenía 35 cuando sucedió el accidente; según sus dichos -corroborados por los testigos que depusieron para el beneficio de litigar sin gastos a fs. 286, 289 y 290- aparte de dar clases de música, integra una banda, lo que permite presumir su afición por este arte?. Por lo tanto, meritando la entidad de las lesiones acreditadas e imaginando el consecuente padecimiento espiritual, estimó que la suma de \$80.000 -que le permitiría asistir aproximadamente en ocho oportunidades a recitales de bandas musicales que suelen actuar en la ciudad de Buenos Aires o La Plata, computando traslado y alojamiento- resulta adecuada para compensar el menoscabo moral sufrido con motivo del hecho dañoso. Finalmente resolvió desestimar el daño psíquico reclamado y acoger la indemnización solicitada por las roturas de la motocicleta en el importe de \$1.625. En suma, decidió hacer lugar a la demanda por el monto de \$489.625, más intereses a la tasa del 6% desde la fecha del hecho hasta el momento de la cuantificación de cada rubro (el presupuesto de fs. 13 en el caso de la reparación de la motocicleta y la sentencia para el daño por incapacidad y daño moral); y en adelante a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, imponiendo las costas a cargo de la demandada y la aseguradora (art. 68 del CPCC).

C- La articulación recursiva. C. 1) El actor dedujo recurso de apelación a fs. 423, remedio que le fue otorgado libremente a través de la resolución electrónica del día 26 de diciembre del 2018. Expresó sus agravios el 9 de abril del 2019, los que fueron replicados por la citada en garantía el 10 de mayo del mismo año. C. 2) También se desconformaron con la sentencia el demandado y la citada en garantía, quienes apelaron con las presentaciones electrónicas efectuadas los días 14 de enero y 14 de marzo del 2019, habiéndoseles concedido libremente el recurso los días 4 de febrero y 20 de marzo del mismo año. No obstante, sólo fundó sus agravios la citada en garantía a través del escrito electrónico del día 23 de abril del 2019, los que fueron contestados por la contraria el 2 de mayo del mismo año.

D- Los agravios. D. 1) Agravios de la citada en garantía. D. 1. a) En primer término sostiene que la sentencia de grado es nula, pues la a quo violó el principio de congruencia. En concreto, dice que el fallo resulta confiscatorio, manifiestamente arbitrario y violatorio de la garantía de defensa en juicio, debido proceso y propiedad contenidos en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, porque la magistrada le otorgó al actor mucho más de lo que pretendía en demanda. Dice que la incongruencia por exceso se observa en los rubros Incapacidad sobreviniente y daño moral solicitados por el demandante, pues éste requirió la suma de \$105.991 y \$35.000 por cada partida, y la jueza le otorgó \$408.000 y \$80.000 respectivamente, fallando ultra petita; máxime en el caso de autos donde el actor fue preciso en la estimación de los importes reclamados y ni siquiera sometió el reclamo a la fórmula ¿y/o a lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendir?; de hecho, la sentencia yerra cuando consigna ¿Oscar Arribas (...) promovió demanda por daños y perjuicios contra Carmen Polcari reclamando en concepto de indemnización la suma de \$142.616 o lo que en definitiva resultara de la prueba...?, porque el actor no ha hecho reserva alguna al respecto, ni supedita el monto reclamado a la prueba a producirse, ni consigna la fórmula en cuestión, por lo que solicita que este Tribunal anule la sentencia apelada y, en subsidio, que reduzca los valores al límite establecido por el actor al formular su pretensión. D. 1. b) A continuación se agravia de que la a quo haya fijado el grado de la incapacidad sobreviniente del actor en un 20%, basándose exclusivamente en la ¿estimación? que realizó la parte actora en su demanda. Argumenta que, atendiendo a la impugnación formulada por la citada en garantía, la jueza desestimó el peritaje médico en el que se dictaminó una incapacidad del 32%, reconociendo que ¿el galeno no expone adecuadamente los fundamentos científicos de lo dictaminado y sólo menciona la disfunción del manguito rotador del hombro derecho, sin hacer referencia a la bursitis a la que luego asigna el 8% de incapacidad?; es evidente que el informe pericial carece de bases sólidas, científicas y legales, por lo que la a quo se apartó atinadamente de sus conclusiones; sin embargo, se equivocó ¿al utilizar como fundamento para la fijación del porcentaje de incapacidad (20%), la estimación efectuada por la parte actora en su demanda, la cual carece totalmente de aval científico y jurídico, dado que ni siquiera explica de dónde surge dicho cómputo. Asimismo, pasa por alto que el porcentaje estimado por la actora comprende no solo la incapacidad física sino también la incapacidad psíquica, tal como se expresa en el punto III. a. de la demanda, por lo cual, siendo que el sentenciante mediante dicho porcentaje sólo está determinando la incapacidad física, es claro que resulta excesivo y arbitrario? (sic). Agrega que no debe perderse de vista que el perito nunca explicó cuáles fueron los fundamentos para apartarse del dictamen efectuado por la Comisión Médica, limitándose a responder en las explicaciones solicitadas que leyó detenidamente este último informe. Manifiesta que, en dicho dictamen, la Comisión Médica (fs. 125/135) fijó una incapacidad del 10%, lo que no fue apelado por la parte actora; y la sentenciadora omitió que ésta es la única constancia médica con aval científico existente en autos para determinar la incapacidad del accionante. En suma, señala que el porcentual de incapacidad asignado al actor es arbitrario y carece de sustento, por lo que no puede ser convalidado. D. 1. c) Por otra parte se duele del monto fijado en concepto de daño moral, por considerarlo improcedente y, en todo caso, desproporcionado y excesivo. Dice que no debe perderse de vista que estamos en presencia de un hecho que pudo haber afectado al actor, pero que no ha tenido consecuencias de gravedad; además, arguye que no se ha traído al juicio ninguna prueba para acreditar el daño moral reclamado, y menos aún que sustente el

importe excesivo reconocido en la sentencia en crisis. Agrega que fue el propio actor quien desistió la prueba pericial psicológica ofrecida en la demanda para acreditar este rubro y de la prueba testifical tampoco se advierte la existencia de este menoscabo. Sostiene que la magistrada no aportó ningún razonamiento lógico, basado en constancias probatorias de la causa, para tener por acreditado el daño moral acordado; y menos aún que justifique el aumento por encima del doble del importe reclamado en la demanda. Finalmente señala que el Superior Tribunal Provincial ha dicho que ¿ejerce irrazonablemente la facultad de fijar el monto indemnizatorio del daño moral, la cámara que lo establece en un importe exageradamente superior al requerimiento inicial estimado como justo o razonable por la propia interesada sin explicitar correlativamente- elemento de juicio alguno que fundamente o justifique el motivo de tan pronunciada asimetría? (SCBA, causa C. 120.021, sent. del 16/8/2017). D. 2) En la réplica a estos embates, el actor sostiene que en el petitorio de la demanda solicitó que se haga lugar a la acción por el capital reclamado ¿o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir?, extremo que la contraria pasó por alto. En lo que respecta al porcentaje de incapacidad, dice que la jueza se hizo eco de la impugnación formulada por la propia citada en garantía a fs. 312, quien lo calculó en un 21% y no al 32% que indicó el perito; de hecho, la impugnación se centró en el 8% atinente a la ¿bursitis? del hombro que propuso desestimar y la sentencia de agrado le dio la razón; pero la contraparte no impugnó los fundamentos que se dieron para determinar el 21%, pues incluso ratificó este porcentaje diciendo que era el real (ver fs. 312). Por otro lado, argumenta que el baremo de incapacidad utilizado por la ART presenta diferencias en relación al baremo civil citado por el perito designado en autos, siendo el peritaje médico la prueba aportada para conocer la incapacidad del actor. D. 3) Agravios del actor. D. 3. a) Se duele, en primer lugar, del monto que consideró el a quo en la variable ingresos de la fórmula polinómica de cálculo de renta futura para calcular la indemnización por la incapacidad sobreviniente. Critica que la magistrada solo haya considerado el salario que percibía como profesor de secundaria, pues a fs. 286 el testigo Edel Fernández dijo que arribas ¿es docente en la escuela 2, da clases particulares y además tiene una banda con la que toca los fines de semana?; a su turno, Zaida Rayes (fs. 289) depuso que el accionante ¿es docente de la rama artística, por lo que cuenta con menos horas de trabajo que las otras materias (...) Que el estar imposibilitado de trabajar implicó falta de ingresos (...) no poder trabajar con su banda y dar clases particulares?; en tanto que Gerardo Fabián Latorre a fs. 290 declaró que ¿Sabe que se desempeña como docente de música y da clases particulares?. Manifiesta que de los testimonios citados se desprende que Arribas hacía trabajos por fuera del colegio secundario, lo que resulta por demás verosímil, toda vez que la materia que él dictaba tiene menos horas en la currícula del colegio que las demás asignaturas, dejándole mayor tiempo libre para otras actividades; además, se encuentra acreditado que posee conocimientos especiales que lo habilitan a poder brindar clases particulares, como suele ser el aprendizaje de guitarra o piano. Afirme que los deponentes también dijeron que el actor tocaba en una banda musical; y lo usual en dicho rubro es el pago por show o evento, variando el precio de acuerdo a las circunstancias de la actuación, por lo que es evidente, según las reglas de la sana crítica, que quien posee conocimientos especiales y además su trabajo base le da mayores libertades decida realizar -a fin de mejorar su calidad de vida- trabajos particulares; sería por demás injusto admitir que una persona calificada con habilidades y/o conocimientos especiales perciba menos que el SMVM. En otro orden, indica que, al cuantificar el daño moral, la jueza concluyó en que Arribas ¿aparte de dar clases de música, integra una banda, lo que permite presumir su afición por este arte?; de allí que es fácil identificar que contaba con otros ingresos; y si bien son difíciles de cuantificar, ello no significa que no los percibiera. Expresa que si se acredita la capacidad de una persona para producir ingresos se debe aplicar el SMVM, pero cuando además se prueba una calificación especial para producirlos la lógica ¿impondría? aplicar una suma superior a ese guarismo. Por lo tanto, pide que se fije una suma equivalente a dos veces el SMVM (\$21.400) a fin de calcular la indemnización por incapacidad, porque no solo se encuentra acreditada la aptitud para generar ganancias, sino que también se ha probado que poseía tres fuentes diferentes de ingresos y su calificación especial para realizarlos. Supletoriamente, encontrándose acreditada la calidad de docente del actor, solicita que a fin de cuantificar la partida se aplique el salario mínimo que percibía un docente, que a la fecha de la sentencia ascendía a \$17.696, conforme surge de la página www.chequeado.com/el-explicador/cuanto-cobran-los-docentes-en-cada-provincia. D. 3. b) Por otra parte se duele del monto determinado por daño moral. Dice que fue embestido en la vía pública en forma sumamente violenta, lo que generó que pasara la noche en el Hospital Municipal de Monte Hermoso a fin de controlar su estado general; desde ese momento estuvo varios días sin poder mover tanto su hombro como su rodilla derecha, lo que provocó la intervención de la ART, quien lo envió a realizarse múltiples controles y estudios a Bahía Blanca, finalizando todos los tratamientos el día 30 de Noviembre de 2010 (fs. 192), es decir, luego del hecho se vio impedido de realizar una vida normal durante el periodo de cuatro meses, imponiéndosele viajar a esta ciudad cuanto menos una vez por semana; además, cargará con una incapacidad de 21% hasta el resto de sus días. Manifiesta que la música no solo es su fuente de ingresos, sino también su principal pasión; a fin de llevar a cabo su labor o hobbie deberá trasladar los instrumentos que ejecutará, lo que resulta una tarea muy dificultosa para una persona que se traslada en motocicleta y más si ha perdido gran funcionalidad en su hombro derecho -miembro hábil-; por lo tanto, dado que carece de

automóvil, a los efectos de mitigar los sufrimientos pasados y los que lo acompañaran en el futuro, dice que lo más justo sería fijar la suma de \$659.000, que le permita adquirir un vehículo cero quilómetro tipo utilitario, con espacio para cargar los instrumentos musicales, marca Peugeot Partner -de la gama más baja-, con el que podrá trasladarse para poder llevar a cabo su actividad dentro de su ciudad y también participar en festividades o peñas en localidades vecinas. Argumenta que el error que cometió la a quo al justipreciar el placer compensatorio en recitales internacionales consistió en no contemplar que a los músicos les atrae más ejecutar su música que ver espectáculos; además, el valor de éstos generalmente se fija de acuerdo al del dólar, por lo que es imposible prever una suma única que le permita asistir a más de dos o tres conciertos. En suma, señala que el criterio de cuantificación propuesto en la sentencia en crisis no solo resulta insignificante para mitigar los padecimientos sufridos por Arribas, sino que tampoco cumple su cometido, en tanto que ¿el vehículo solicitado sí podrá compensar lo vivido por el actor y hará que padezca menos la incapacidad con la que carga? (sic).

D. 4) La demandada y la citada en garantía contestan estos embates, aunque sin agregar novedosos elementos de convicción, por lo que se omite referenciarlos sin perjuicio, en su caso, de su oportuna valoración a la hora de decidir.

E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios.

E. 1) Dado que todos los hechos que dan lugar a esta litis ocurrieron durante la vigencia del ya derogado Código Civil y que esta sentencia es declarativa y no constitutiva de derechos, corresponde aplicar este cuerpo normativo a la solución del litigio, pues lo contrario implicaría una aplicación retroactiva del Código Civil y Comercial vedada por su artículo séptimo.

E. 2) Por cuestiones de índole metodológico, los embates que contienen los memoriales presentados por los recurrentes serán abordados en razón de su correspondencia argumentativa.

E. 2. a) No lleva razón la citada en garantía en cuanto endilga a la magistrada de grado la violación del principio de congruencia por haber otorgado al accionante una indemnización mayor a la solicitada en concepto de "incapacidad sobreviniente" y "daño moral", pues de acuerdo a la doctrina legal invariablemente sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "no incurre en demasía decisoria el fallo que condena al pago de una suma mayor a la peticionada en el escrito de inicio si el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado. Dicha intención queda demostrada si, al reclamar lo hizo refiriendo a lo que en más o en menos resulte de la prueba" (SCBA, causas C. 118.459 "Liberti", sent. del 15-VI-2016; C. 119.829, "Ruggiero", sent. del 23-XI-2016; entre otras), tal como aconteció en la especie (véase en el punto cuarto del petitorio de la demanda, fs. 29). Por lo tanto, si bien en el escrito postulatorio se estimó una suma por las mentadas partidas resarcitorias, se lo hizo en forma provisional y a las resultas de la prueba de la causa, por lo que bien hizo la jueza en fijar la indemnización que reputó adecuada, aun basándose en montos superiores a los denunciados al demandar, si es que era eso lo que aconsejaba la prueba producida, razón por la cual este embate debe desestimarse (art. 163, inc. 6, del CPCC).

A mayor abundamiento, como bien explicó la a quo, este Tribunal tiene dicho que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe fijarse a valores actualizados a la época de la sentencia (causa 140.551 ¿Borda?, sent. del 19/6/2013, libro de sentencias 34, número 82, a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad) y también que "es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior a lo solicitado en la demanda? (plenario ¿Scarabotti?, del 28/11/2013, libro número 34, registro 199), postura que, además, coincide con la doctrina legal del Superior Tribunal Provincial (conf. causas Ac. 42.935, sent. del 4-VI-1991, "Acuerdos y Sentencias", 1991-II-9; Ac. 53.743, sent. del 5-XII-1995; Ac. 65.214, sent. del 4-III-1997; Ac. 67.732, sent. del 24-II-1998; Ac. 81.476, sent. del 23-IV-2003), por lo que no configuran un ¿techo? los importes pretendidos por el actor por estas partidas; sobremanera cuando, como vimos, los relativizó en función de lo que más o en menos resulte de la prueba a producirse, lo que termina de sellar la suerte de este agravio.

E. 2. b) Tampoco procede la queja de la citada en garantía relativa al grado de incapacidad determinado, pues la sentenciadora no lo fijó en función de la estimación efectuada por la parte actora en su demanda, sino en base a lo dictaminado por el experto médico y las impugnaciones realizadas por la propia apelante y la demandada (art. 474 del CPCC). En efecto, la a quo textualmente indicó: "El perito médico que examinó al demandante dictaminó que porta una incapacidad del 32% (fs. 252, 300 y vta. y 318 vta.). Sin embargo, atendiendo a la observación formulada por la parte demandada a fs. 312, debo decir que asiste razón al impugnante puesto que el primer informe del galeno no expone adecuadamente los fundamentos científicos de lo dictaminado y sólo menciona la disfunción del manguito rotador del hombro derecho, sin hacer referencia a la bursitis a la que luego asigna el 8% de incapacidad (fs. 300 vta.). Indica que también acierta el impugnante cuando sostiene que el porcentaje total al que ascienden las distintas minusvalías computadas es el 21%, según los valores del baremo referido por el experto, lo que resulta más cercano al 20% estimado por el actor" (sic, fs. 420).

Además, al contestar el traslado de las explicaciones brindadas por el experto, la propia citada en garantía y la demandada manifestaron que la merma en la potencialidad para obtener ingresos no era del 24%, porque la sumatoria de todas las limitaciones de movimientos detalladas por el galeno arrojaba como resultado un 21% (ver fs. 312), por lo que mal puede la recurrente hacerse la desentendida en esta instancia y pretender que el grado de incapacidad sea menor a éste último guarismo, pues al formular las observaciones en el escrito de fs. 312 se limitó a indicar que el cálculo correcto era precisamente ese porcentaje, razón por la cual corresponde confirmar el pronunciamiento apelado en lo respecta a este punto. Es irrelevante que del informe

remitido por "Provincia A.R.T." (ver fs. 125/136) surja que la Comisión Médica n° 13 haya indicado un porcentaje de minusvalía menor, pues esa afirmación técnica -que fue emitida a los efectos de que la aludida aseguradora liquide las prestaciones dinerarias establecidas en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo- es completamente ajena a estas actuaciones, no ha tenido el debido control de la contraparte y no ha seguido las pautas establecidas para la prueba pericial en el Código Procesal Civil y Comercial, a partir del artículo 457. La manera correcta de determinar el grado de incapacidad es a través de este último medio probatorio; y si bien es cierto que el peritaje médico indicó que el actor sufre una disminución en la potencialidad para generar ingresos del 32%, impugnación mediante la propia citada en garantía apelante fue quien explicó que el porcentaje de incapacidad correcto es del 21%, con lo cual ahora no puede pretender que se aplique un guarismo que surge de otros elementos a los que este Tribunal no tuvo acceso directo y por ende la posibilidad de controlar (art. 474 del mismo cuerpo legal); sobremanera cuando fallar como ahora se pretende importaría aceptar la violación de la doctrina de los actos propios del impugnante, quien al admitir que la incapacidad es del veinte por ciento generó una expectativa de comportamiento futuro que ahora no puede contradecir postulando que el menoscabo es menor. Por lo demás, es verdad que el actor peticionó en el escrito postulatorio que a los fines de determinar la indemnización por "incapacidad psicofísica" se compute un porcentaje de minusvalía que "ronda el 20%" (ver fs. 25). Pero dado que sujetó su pretensión a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse?, la magistrada estaba habilitada para valorarla y lo hizo correctamente en lo que concierne a este tópico. E. 2. d) Le asiste la razón al actor en cuanto a que la a quo incurrió en un error al determinar el importe de la variable "ingresos" empleada en la fórmula polinómica de cálculo de renta futura a los fines de fijar la indemnización por la incapacidad sobreviniente. Es que aunque efectivamente el accionante percibiera una remuneración menor al salario mínimo, vital y móvil, el resarcimiento por esta partida no busca compensar las pérdidas efectivamente sufridas, como parece haberlo entendido la magistrada, sino la disminución de la aptitud potencial para generar recursos y procede aun cuando de hecho se pruebe que la víctima no trabajaba. En otras palabras, se trata de reparar la potencialidad mermada del afectado para procurarse ingresos, independientemente de los que tuviera o dejara de tener al momento del siniestro (ver Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M: Derecho de Obligaciones, 4ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 324). Además, es doctrina consagrada de esta Sala que, a los efectos de establecer la indemnización, el salario mínimo, vital y móvil debe tenerse como punto de partida, pues representa la menor cifra que se presume que un trabajador puede recibir por su labor mensual. En el sub lite, considerando la acreditada capacitación del reclamante, es dable presumir que su aptitud productiva está por encima del rasero residual estándar de un salario mínimo, vital y móvil puesto que es de público y notorio conocimiento que, en los hechos, éste representa el sueldo que el Estado garantiza a cualquier persona, incluso a quien no sabe leer ni escribir; ergo, es evidente que alguien que se desempeña como profesor puede razonablemente aspirar a un ingreso mayor a ese piso. En consecuencia, teniendo en cuenta que el accionante demostró que es docente en la modalidad "educación artística" en la Escuela de Educación Secundaria n° 1 de Monte Hermoso (ver informes de fs. 158 y 229/243), brinda clases particulares e integra una agrupación musical (ver declaraciones testificales de fs. 286, 289 y 290), y que los valores deben ser los que más se acerquen al momento de esta sentencia (conf. esta Sala II, causa 140.551 "Borda", sent. del 19/6/2013, libro de sentencias 34, número 82), estimo prudente, razonable y acorde a las circunstancias del caso ponderar un importe equivalente a una vez y media (1,5) el salario mínimo, vital y móvil actual, que desde el primero de marzo del corriente año asciende a la cantidad de \$12.500 (Resolución 3/2018 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, de fecha 8 de agosto del 2018), lo que arroja como resultado la suma de \$18.750 (art. 165 del CPCC). Por lo tanto, siendo el ingreso del actor la única variable que cabe modificar al cálculo hecho por la a quo, corresponde efectuar una regla de tres simple para determinar la compensación por este rubro, sustituyendo el salario empleado, a saber: $18.750 \times 520.350 / 9.630 = 1.013.142$, respetando las demás condiciones establecidas en la sentencia apelada, que nadie cuestionó. Y toda vez que la jueza ordenó descontar la suma de \$112.427 en concepto de la indemnización que oportunamente fuera abonada por "Provincia A.R.T." al actor (lo que ha llegado firme a esta instancia), propongo fijar esta partida en el monto de \$900.715. E. 2. d) La queja de la citada en garantía atinente a la determinación de la reparación por el daño moral no puede prosperar. En materia de responsabilidad extracontractual el daño moral puede resultar acreditado in re ipsa loquitur (SCBA, causa B. 57.171 "Castro Galván", sent. del 21-VI-2000; entre otras) al hallárselo demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. Ello así, exigirle adicional prueba de sus mortificaciones y sufrimientos al accionante implicaría incurrir en un excesivo rigor (SCBA, in re B. 57.531 "Sffaeir", sent. del 16-II-1999), desde que dicha consecuencia ha de tenerse por verificada a partir de la constatación, naturaleza, magnitud e impacto de la propia acción antijurídica; de la repercusión que ésta produce de ordinario según lo que es común y corriente, en tanto tal indicio resulte vigoroso y de tal trascendente eficacia probatoria que permita razonablemente -de acuerdo con las particularidades de cada caso- arribar a dicho resultado en virtud del empleo de presunciones hominis (arts. 163, inc. 5, 384 y conc., CPCC; SCBA, causas Ac. 46.960, "Báez", sent. de 19-X-1993; Ac. 59.834, "Zeballos", sent. de 12-V-1998; Ac. 67.843, "Carcacia", sent. de 5-X-1999; Ac. 82.369, "Moyano", sent. de 23-IV-2003; entre otras). En tales

circunstancias, cabe presumir la existencia del daño moral y, por ende, su procedencia, incumbiéndole al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de alguna situación objetiva que excluya la posibilidad de su configuración (conf. SCBA, causas Ac. 74.338, "Mac Kenzie", sent. de 31-X-2001; C. 95.646, "Díaz", sent. de 7-V-2008; C. 94.847, "P., J. R.", sent. de 29-IV-2009; B. 64.953, "Ithurrat", sent. de 15-VII-2015). A mayor abundamiento, si bien es cierto que este menoscabo sólo cobra vigor cuando los sufrimientos de la víctima tienen entidad, quedando fuera de toda indemnización posible los meros inconvenientes pasajeros ocurridos durante la vida cotidiana, es completamente obvio que no se presenta dicha circunstancia cuando una persona es embestida por un vehículo en la vía pública, sale despedida de su motocicleta, cae al suelo y sufre lesiones, extremos que se encuentran debidamente acreditados en autos, lo que termina de sellar la suerte de los agravios vertidos por la citada en garantía sobre el particular. Por lo demás, el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que cita la aludida apelante en su memorial no tiene ningún mérito para resolver el sub examine como pretende la quejosa, porque las circunstancias que allí se presentaron fueron diversas a las que aquí se juzgan, pues en la especie la sentenciadora explicitó muy claramente los elementos de juicio en que se basó para fijar la indemnización por daño moral, por lo que esta queja tampoco puede prosperar. E. 2. e) Finalmente, tampoco son atendibles los cuestionamientos del actor dirigidos a aumentar el resarcimiento otorgado por daño moral. Tiene dicho este Tribunal, en su anterior y actual integración, que la determinación económica de este perjuicio, por su gran carga de subjetividad, en especial de las partes y que es imposible despejar, es una tarea muy difícil de cumplir, pues se carece de cánones objetivos. Por esa razón, una vez fijada en primera instancia, los agravios de las partes deben ser especialmente precisos y concluyentes a la hora de demostrar el yerro en la instancia anterior (esta Sala II, voto del Dr. Pilotti, noviembre de 2005, "Taverna", libro de sentencias n° 26, número de orden 258, expediente 125.075; íd. "Signorini", causa número 124.767 del 17/3/06, registro n° 43, libro de sentencias n° 27, con voto del suscripto en el que se ha seguido la doctrina anterior de la Sala). En el caso en juzgamiento, las manifestaciones del accionante exhiben meras discrepancias subjetivas con lo decidido que de ninguna manera logran demostrar que la suma fijada en la instancia de origen por este rubro haya sido insignificante. En efecto, después de varias consideraciones, la parte actora termina pidiendo que se lo eleve al importe de \$659.000, argumentando que este monto le permitiría adquirir un vehículo cero quilómetro tipo utilitario con espacio suficiente como para cargar los instrumentos musicales a los fines de realizar su actividad dentro de Monte Hermoso y participar en diversas festividades o peñas en otras localidades vecinas. Empero, argumentar la necesidad de trasladar dichos instrumentos no es una crítica concreta y razonada a la sentencia atacada, por lo que los cuestionamientos ensayados por el demandante no superan el umbral del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial en los estrictos términos que este Tribunal exige invariablemente para esta partida indemnizatoria. Y si bien es verdad que el apelante hace hincapié en los traumatismos sufridos en su rodilla y hombro derecho, lo que derivó que fuera sometido a diversas intervenciones quirúrgicas y múltiples controles y estudios en el Hospital Privado del Sur de esta ciudad, todas estas circunstancias fueron valoradas por la jueza a los fines de fijar la compensación por daño moral y en esta instancia el recurrente no explica concretamente dos cuestiones esenciales: a) por qué la suma otorgada es insuficiente; y b) por qué la cantidad que considera justa es la adecuada y no lo es otra menor. En definitiva, sin perjuicio de que el accionante muestra su clara disconformidad con lo decidido en el punto, no logra demostrar una equivocación específica de la jueza al determinar el resarcimiento, o la existencia de alguna contradicción o absurdo a la hora de fundar lo decidido, por lo que este embate tampoco puede prosperar (art. 260 del CPCC). E. 3) Entiendo que las razones expuestas resultan suficientes para la elucidación de los recursos de las partes, siendo innecesario pronunciarme sobre las restantes consideraciones efectuadas en los memoriales que los sostienen. Por lo tanto, a esta primera cuestión doy mi voto parcialmente por la negativa. A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO: En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, propongo al acuerdo modificar la sentencia apelada, fijando la indemnización por ?incapacidad sobreviniente? en la suma \$900.715, y confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Habida cuenta de lo informado por la actuaria en la resolución electrónica suscripta el día 27 de mayo del 2019, corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la demandada mediante la presentación del día 14 de marzo del 2019 (arts. 254 y 261 del Código Procesal Civil y Comercial). Dado el resultado al que se arriba, las costas de alzada deben ser soportadas por la citada en garantía (art. 68 del mismo cuerpo legal). Tal es mi voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DRA. DÍAZ ALCARAZ DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA VISTOS Y 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: 1) Modificar la sentencia apelada en cuanto a la indemnización fijada por incapacidad sobreviniente, que se eleva a \$900.715. 2) Confirmarla en lo demás que decide y ha sido materia de agravio. 3) Declarar desierto el recurso de apelación deducido por la demandada mediante la presentación del día 14 de marzo del 2019. 4) Imponer las costas de alzada a cargo de la citada en garantía. 5) Diferir la

determinación arancelaria para luego de efectuada la de la instancia anterior. Hágase saber y devuélvase.
044288E