En la ciudad de Comodoro Rivadavia, P. del Chubut, a los dieciocho días del mes de noviembre del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., A. R. c/ C. SRL y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 16.891/08,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 383/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 601), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 532/545vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 532/545vta., es apelada por las partes, tal como se informa en planilla de elevación de fs. 579 y a tenor de los informes de fs. 580/583vta., contendiendo la queja de la accionante, de fs. 584/589vta, de la aseguradora y de fs. 590/594 de la demandada.

Con espíritu crítico, pero sin la suficiente claridad, el accionante comienza su discurso en esta instancia puntualizando que el evento dañoso le ocasionó una incapacidad permanente en sus miembros inferiores que le impidió afrontar en plenitud su mayoría

de edad, obstando sus posibilidades laborales, máxime en el contexto de la situación socio-económica que sufriera nuestro país en el año 2001, resignándose a continuar su ingrata tarea, como colector de residuos para su uso o comercialización en el basural, a los fines de colaborar con su humilde familia.

Tales penosas circunstancias conforman el argumento central de su crítica al haberse desestimado la indemnización por el rubro “pérdida de chance”.

La recurrente conceptualiza el mismo como la pérdida de oportunidad de colaborar en plenitud al sostenimiento de su familia, enlazándolo con sentimientos de dolor por lo acaecido.

Continua su queja, opugnando severamente los argumentos del a quo, en cuanto a la calificación y cuantificación del daño moral y recordando los deberes que pesaban sobre la principal respecto de la custodia del lugar en la que ocurrió el siniestro y de la negligencia del chofer que operaba el camión que le ocasionó el daño. Niega exceso en la propuesta por tal ítem conforme los argumentos que expone con cita de doctrina y jurisprudencia.

Se agravia la recurrente por haberse desestimado el rubro incapacidad sobreviniente cuando ha quedado probada en un 2%, tal como se indica en la pericia médica. Además, la reparación se impone más allá de su vinculación con actividad laboral o rentable que llevara a cabo la víctima, pues tal reparación comprende todas las consecuencias disvaliosas ocasionadas por tal discapacidad.

La citada en garantía cuestiona el fallo en primer lugar por no haberse admitido que de la prueba adquirida se encuentra configurada la exoneración de responsabilidad de su cliente por culpa exclusiva de la

víctima. Y es que el sentenciante ha fundado su fallo en citas legales y doctrinarias y no en los hechos invocados y probados en la causa.

Recuerda que el menor se encontraba en el basural municipal dedicado a la recolección de materia en descomposición, expuesto a todo tipo de riesgos junto a otras personas que pujaban y peleaban para subir a un camión en movimiento cargado de basura y que en ese momento transitaba marcha atrás para efectuar la descarga, constituyendo obstáculos imposibles de sortear para el chofer del camión.

Además, no se ha tenido en cuenta que se trata de un predio municipal que no es de propiedad ni está bajo la guarda de C. SRL, y que su dependiente operaba a escasa velocidad.

Pretender, como lo entiende el a quo, que en tales circunstancias la concesionaria debía suspender el servicio público que prestaba, constituye un exceso. De ningún modo el chofer podía prever la riesgosa conducta del menor, esto es, colgarse en la parte trasera de un camión en movimiento, que en definitiva motivó la ocurrencia del daño.

El segundo agravio refiere a la imposibilidad argumentada en los considerandos del fallo de alegarse como eximentes la responsabilidad de los padres del menor que resultó dañado. Cuando ha resultado clara la falta al deber de guarda y vigilancia derivados de la patria potestad, tal como lo prevé el art. 265 CCiv. y las que le pudieren corresponder a los órganos estatales pertinentes.

Que de conformidad a cómo han quedado probados los hechos, al menos se debió establecer la "culpa concurrente".

Que al no existir daño y que el hecho alegado fue consecuencia de su actuar imprudente, el daño moral carece de fundamento.

Las razones que podrían fundamentar el otorgamiento de la tasa de interés activa no han sido alegadas por lo que se propicia su revocatoria.

Tampoco satisface a la recurrente la condena en costas cuando de conformidad a sus pretensiones actuales deben pesar sobre la accionante y subsidiariamente, tomando en consideración el escaso monto otorgado en relación al reclamado, se impongan por el orden causado.

Más adelante señalan que a la hora de regular hoN.rios no se ha tenido en cuenta la limitación del art. 505 del CCiv., en consecuencia, se cuestiona tal estimación por excesiva.

Formulan reserva del llamado "caso federal".

La demandada comienza cuestionando la dubitativa calificación legal del hecho, expresando opinión al respecto.

Que el a quo no ha sabido precisar en su real significación el "lugar del hecho" de acuerdo con los informes que obran en la causa. De haber tomado en consideración tales datos no hubiera utilizado como pautas las normas de tránsito vehicular pues no hay "vía pública" sino "relleno sanitario".

El sentenciante no ha tenido en cuenta circunstancias que obran en la causa y que informan que está prohibido el ingreso a tal lugar salvo autorización expresa del concesionario o concedente.

Esto es, el menor entró al lugar sin autorización y sabiendo los riesgos que asumía. Siendo así, no pudo el a quo trasladar la responsabilidad sobre

los demandados por conductas ilícitas de terceros. Ni eximir de responsabilidad a los padres.

Da las razones por las que no existe modo de contención de la gente que asume tales riesgos en su propio beneficio y que en definitiva le es imputable a la empresa concesionaria del servicio de recolección de basura.

Luego de ilustrar respecto al modo de operar en el lugar señala que al momento de accidente, el chofer del camión que en retroceso se disponía a efectuar la descarga no podía prever que llevaba gente colgada en su parte posterior, máxime cuando se realizaba la maniobra con escasa visibilidad por la fecha y hora y la falta de luz artificial tal como surge de la prueba adquirida.

Por todo lo expuesto entienden que se ha configurado la situación prevista por el art. 1111 del CCiv.

Que no por reiterada pierde vigencia aquella pauta acuñada por nuestro más Alto tribunal cuando recuerda que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc). Como que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que resulten apropiadas para resolver el caso (CS Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, entre muchos), por lo que deberá inclinarse por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Importan, en definitiva, y dentro de tal marco jurisdiccional al decir de Aragones Alonso, los hechos “jurídicamente relevantes” (ver “Proceso y Derecho

Procesal”, Ed. Aguilar, 1960, pág. 971, párr. 1527), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei en su trabajo “La génesis lógica de la sentencia civil” en “Estudios sobre el proceso civil”, págs. 369 y ss). (todo en CNCiv., sala D, 2005/03/17 – T. V. E. S. L. SA c. B. e H. SA- Rev. LL de junio 1-2005, 12, fallo 108.984).

Invertiré el orden de tratamiento de las presentaciones, ya que por lógica se impone tratar en primer lugar la revocatoria intentada por la principal demandada y de tal suerte se podrá proseguir o no con el resto de las quejas.

Tal como se ha adelantado, se cuestiona en primer lugar un presunto deambular del a quo a través de las distintas alternativas que prevé el art. 1113 del CCiv. y que la situación de hecho escapa de las previsiones de la ley 24449.

En tal sentido es bueno recordar que Ramón Daniel Pizarro, aborda el tema en su obra "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa", Ed. Universidad 1983, pág. 519, p.2, opinando que la irrupción de vehículo de motor en la sociedad moderna determinó la necesidad de replantear esquemas tradicionales en materia de responsabilidad civil; representó asimismo, el punto de partida de importantes concepciones doctrinarias, basadas en el riesgo creado, que han procurado brindar a las víctimas soluciones justas, seguras, equitativas y eficaces.

El fenómeno se vivió con intensidad en casi todas las legislaciones occidentales, que acudiendo a distintos métodos trataron de brindar una respuesta satisfactoria a tal problemática. Desde las leyes especiales hasta la introducción de nuevas pautas en los ordenamientos civiles (ver citas al pie).

Si bien se advierten discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales en el encuadramiento de tales hechos dentro de los supuestos del art. 1113 CCiv., luego de la reforma de 1968, la doctrina y jurisprudencia dominante, a la que adhiere el autor de este trabajo, señala que los daños causados por vehículos en circulación, cualquiera sea la forma y modo en que se produzcan, caen dentro de la órbita de aplicación del párrafo segundo del art. 1113 CCiv. (daños causados por el riesgo o vicio de la cosa). Creemos -dice Pizarro- que es la interpretación correcta frente al art. 1113 CCiv., pues todo daño causado por un automotor en movimiento obedece al riesgo propio de la cosa, y también al de la actividad desarrollada.

Los automóviles en movimiento son cosas peligrosas (ver Roberto A. Brebbia, "Problemática jurídica de los automotores", Ed. Astrea 1982, t. 1, págs. 9/11, pts. 4 y 5; Borda, "Tratado…- Obligaciones II", Ed. Perrot, 1976, n° 1, 1502; Jorge O. Ramírez, "Indemnización de daños y perjuicios", Ed. Hammurabi 1983, t. I, págs. 151 y sigtes., parág. 16, entre otros), y el régimen legal previsto para ellas está en el segundo párrafo, últ. parte, de tal norma. Por esta vía se protege más adecuadamente a la víctima, presumiéndose la responsabilidad del dueño o guardián y admitiéndose eximentes limitados.

En tal sentido se ha resuelto que: "Tratándose de la responsabilidad prevista en el art. 1113, ap. 2° del Cód. Civil lo que corresponde indagar es si la conducta de la víctima (o en su caso de un tercero) ha concurrido concausalmente a la provocación del daño, es decir, si esa conducta interrumpió el nexo causal entre el hecho y el daño, ya sea de manera total o parcial, con aptitud suficiente para impedir la

consumación de la responsabilidad objetiva que dicha norma endilga al dueño o guardián de la cosa.

Para eximirse de responsabilidad en virtud del art. 1113 CCiv., no basta demostrar que de su parte no existió culpa sino que debe probar la culpa de la víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor, la culpa de un tercero por quien no se debe responder o la ruptura del nexo de causalidad (C1ª, CC, San Isidro, sala I, junio 18-2002, ED 200-394).

Resulta indudable que tales directivas doctrinarias y jurisprudenciales resultan útiles en la causa sea vía pública, terreno de relleno o campo abierto, las precauciones de uno u otro no son varias, lo que puede variar es la interpretación de los hechos a la luz de tal escenario, actividad desarrollada y normativa vigente.

Las imposibilidades alegadas al inicio por la concesionaria del servicio y utilizadas por su dependiente en cuanto a la contención de los "cirujas", carece de relevancia al no poder haberse probado un efectivo ejercicio del deber de policía en un lugar de tan peligrosas características ni las efectivas medidas de seguridad de la empresa a favor de terceros ante las falencias comprobadas del ente concedente.

De las amenazas, hechos de violencia y otras graves irregularidades alegadas como justificativas del peligroso modo de operar, no existe prueba cierta, por lo que asumen los riesgos de tal actividad.

Lo afirmado a fs. 55, p. 11, no es más ni menos que alegar la propia torpeza ya que la obligación del cumplimiento del servicio no puede efectuarse aun poniendo en peligro los "incontenibles" intrusos que perturban la tarea.

Es indudable que el por entonces menor, y quienes los acompañaban, despreciaban todo peligro, y es cierto que tal como informan sus padres en la demanda, lo asumían alegando indigencia, pero no el estado de necesidad que exime de toda responsabilidad, de allí que el actuar de la víctima, con el consentimiento de sus padres hayan contribuido en una medida razonable a la producción del hecho dañoso al que prudentemente estimo en un 20%.

Lo propuesto y sus razones alcanzan los agravios de la citada en garantía lo que evita su reiteración.

Cabe considerar ahora, siguiendo el orden propuesto, el informe de la accionante en pos de revertir su suerte indemnizatoria, ya que sus pretensiones han quedado reducidas drásticamente.

No fue claro el inicio ni mucho menos ahora el fundamento del reclamo desestimado por "pérdida de chance", se advierte confusión en cuanto a la prueba de la existencia de los extremos exigidos para su otorgamiento y así como en circunstancias análogas he referido al modo cómo se fue clarificando el concepto, hoy transcribiré un párrafo de Zannoni, que otorga certeza en cuanto a tal y es útil a los fines de la resolución de la cuestión tratada. Y en tal sentido dice: "…si bien la pérdida de posibilidades, constitutiva de *chances*, se indemniza en razón de las mayores o menores probabilidades frustradas que tenía el damnificado de obtener una ganancia o evitar una pérdida, debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a obtener esas ventajas, al momento del evento dañoso (ver cita jurisprudencial en la misma línea de opinión). Distinto es que el damnificado aduzca que el evento le privó de esa situación idónea, es

decir que le privó de colocarse ante la chance misma, pues entonces, realmente, no se indemnizaría la pérdida de la probabilidades sino un daño que queda en el terreno de las puras conjeturas o hipótesis, es decir un daño eventual (ver Eduardo A. Zannoni en "El daño en la responsabilidad civil", 3ª. ed. actualizada y ampliada de ed. Astrea 2005, págs. 110/111, parág. 38), ésta última situación es la que surge de autos y de allí las razones que justifican las consideraciones del a quo en cuanto a la desestimación de tal rubro.

Indudablemente, a la luz del cuadro de indigencia extrema durante el cual transcurría sus días en procura de alimentos el por entonces menor víctima del accidente, tal como se desprende de lo manifestado durante la diligencia de pericia de fs. 382/vta., ha mejorado sensiblemente su posición, ya que se desempeña sin problemas en su empleo –que por entonces se presume no tenía- y en su actividad deportiva recreativa –de la cual se presume no gozaba-. Máxime, cuando igN.ndo tal prueba inimpugnada, se insiste en la continuidad de aquella situación de indigencia. Insisto, no se ha probado ninguna oportunidad perdida.

La misma confusión de conceptos y de ejemplos se advierten al pretender mantener la pretensión inicial respecto al rubro daño moral.

Al alegato social en pos de derechos igN.dos, de deberes descuidados y de responsabilidades no asumidas se olvida que el derecho, y lo digo con palabras del autor citado, no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente (ver ob. cit., pág. 153) y pesará sobre quien se le atribuya

la responsabilidad del evento dañoso y en su justa medida.

En el caso ha quedado absolutamente probado el daño su magnitud inicial, el padecimiento su evolución favorable hasta su consolidación en un mínimo porcentual de incapacidad permanente que no impide actividad laboral o deportiva recreativa de manera significante (ver pericial de fs. 449/453).

Así, a los efectos de su cuantificación y de conformidad a las circunstancias especiales del caso y entidad del agravio, tendré en cuanto las pautas que hacen referencia los sumarios jurisprudenciales con fuerte base doctrinaria que transcribo: "La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 CCiv. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor, padecimientos y actual desazón subsistente (CNCiv., sala F, 14/06/2000 – S., I. y otro v. P., H. A. y otro, JA 2002-II, síntesis, fascículo n.7, pág.90).

Otro: "El dinero que presenta la indemnización por el daño moral actúa como un elemento mitigador, mediante el logro de otras posibilidades, evitando que mayores necesidades agudicen el dolor sufrido; debiendo destacarse que el agravio moral no tiene relación con la reparación material, ya que cuenta

con presupuestos propios y concurren para su determinación razones diferentes (CNCiv., sala B, 30/05/2001 – "B., Z. v. T. A. P. – Líneas 142/140", JA 2002-II, síntesis, fascículo n.7, pág.90).

Y finalmente: "Siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (CS, 2000/06/27 - "Q., J. c. Banco de la Nación Argentina"- DJ 2001-1-463).

Tales precedentes resultan suficientes para justificar la suma otorgado por el a quo y que guarda relación con los antecedentes que en casos análogos ha decidido esta Sala.

Cuando se vuelve sobre el reclamo que contemple la incapacidad sobreviniente no se hace ninguna referencia a la cuantificación inicial y a la incidencia en el futuro de la víctima no probada, tan solo el discurso alcanza el reproche por el presunto error judicial de sostener que no existe incapacidad cundo el 2% observado en la experticia demuestra lo contrario.

Quizá, a la recurrente, el modo de argumentar del a quo no la ha convencido, pero lo real es que tal grado de incapacidad no ha ocasionado a la víctima ningún agravio patrimonial. Al menos no existe prueba de ello.

En tal sentido y clarificando el fundamento de la reparación en circunstancias análogas a la que nos ocupa, se ha dicho que el daño resarcible no se circunscribe al evento fáctico disvalioso inherente a un suceso, sino que va más allá, requiere que repercuta negativamente en bienes de valor económico y/o que afecte le integridad espiritual o social de la víctima.

Solamente apreciando las repercusiones de cada caso, según las circunstancias de hecho y de la víctima, es factible conceder una reparación apropiada e individualizada (ver Matilde Zavala de G., "Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar", ed. Hammurabi, 2004, pág. 71, parág. 26). Jurisprudencia vinculada: CNCiv., sala D, octubre 10-1996, Ed 171-94).

En la misma línea de pensamiento, reiteradamente se ha resuelto que: "El daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos; por ello, no deben confundirse las lesiones que puede inferir un hecho (las ocasionadas a la integridad somática y psíquica de la persona) con el daño resarcible que aquella lesión puede producir, porque la lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. En consecuencia, la integridad física no puede ser objeto de resarcimiento "per se" en caso de menoscabo, porque no tiene valor pecuniario "per se", no es un bien que esté en el mercado, ni vale menos intrínsecamente por deterioro (ver. v.gr.: SCJ Mendoza, 21-9-1993, LS 239, fs. 210 en www.jus.mendoza.gov.ar).

Ha quedado absolutamente probada la existencia del daño en su origen, en su evolución y consolidación (ver Historia Clínica de fs. 263/286; fotografías de fs. 447/448 y pericial de fs. 449/453) y demás datos adquiridos en la causa y la acordelada de sede penal).

De lo que no hay prueba es del perjuicio patrimonial resultante y consecuencia del 2% de incapacidad permanente detectada, máxime cuando el dictamen de referencia permite apreciar un mejoramiento en la situación socio-económica de la víctima y sin inconveniente alguno en el desarrollo de las actividades que realiza. La prueba de las consecuencias nocivas

producto del daño y con repercusión patrimonial resultan esenciales a los fines indemnizatorios y no existen aportes probatorios al respecto, lo que justifica la estimación del a quo.

Es jurisprudencia consolidada de esta Sala que la tasa de interés aplicable en la materia lo sea bajo la modalidad que marca el fallo impugnado y si bien la aseguradora cuestiona tal decisorio, lo hace con olvido de la realidad económica en la que se encuentra inmerso el país y la imposibilidad de indexar por imperio de la normativa vigente de la ley 23928, siendo así, se mantiene medianamente la paridad a través de este tipo de tasas, equitativamente viables.

La revocatoria parcial propuesta torna operable el art. 279 CPr., lo que deja sin sustancia los reclamos por regulación de hoN.rios formulados por la tercera en garantía. No obstante dejo en claro que la modalidad propuesta no tendrá acogida, ya que no verificándose pautas de excepción ya hemos adherido a la postura que señala que en los juicios de daños y perjuicios, la exigencia de la reparación integral, la circunstancia de que el monto del resarcimiento dependa de la apreciación pericial y judicial y la ausencia de allanamiento a satisfacer la pretensión en la medida que progresa, impide prescindir del principio objetivo de la derrota, aún cuando esa medida haya sido inferior a la reclamada (ver v.gr. CNCiv., sala I, febrero 17-2005 - “D., G. y otros c. J. M. I. G. SRL y otros s/ Daños y Perjuicios”, ED 212-437; ídem, agosto 28-2003, ED 206-149), tal el caso de autos y, en consecuencia, establecido el monto en razón de la concurrencia de culpas propuesto, servirá de pauta a los fines regulatorios y además se tendrán en cuenta las previsiones legales del derecho común.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo revocar parcialmente el fallo impugnado, reduciendo un 20% el monto de la condena en razón de la concurrencia de culpas, lo que incidirá en la condena en costas en ambas instancias en la misma proporción y en la regulación de hoN.rios de conformidad con lo impuesto en el art. 279 CPr. y de conformidad con las pautas arancelarias de las leyes 2200 y 4335 y de corresponder las pautas morigerantes del art. 505 CCiv., se tendrá en cuenta la reserva formulada por la tercera citada en garantía del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación articulado por la accionante.

2) Acoger parcialmente los agravios de las demandadas estableciendo una reducción del 20% de la condena fijada en el fallo impugnado en razón de la "concurrencia de culpas" de conformidad con los considerandos pertinentes.

3) Costas en ambas instancias en un 80% a cargo de las demandadas y en un 20% que pesan sobre el accionante, difiriendo la regulación de hoN.rios al momento del acuerdo, todo conforme lo considerado precedentemente.

4) Se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los recursos.

Los alcances del fallo apelado, los datos de los apelantes, de la interposición de los recursos y el resumen del contenido de sendos agravios han sido reseñados por el primer votante y a tales constancias me

remito a fin de evitar repeticiones estériles. Asimismo, teniendo presente el objeto de los recursos, corresponde dar tratamiento en, primer lugar, al recurso de la accionada.

2. Los agravios de la parte demandada.

El contenido de las expresiones de agravios de la demandada y la citada en garantía nos remite al tratamiento de la atribución de responsabilidad.

2.a La atribución de responsabilidad.

Básicamente, las partes condenadas consideran que concurre, en la especie, una eximente legal: culpa de la víctima (art. 1111 del Código Civil).

Adelanto mi opinión concordante con la solución a la que arriba el juez de grado. No obstante ello, teniendo presente que la demandada se queja por los reproches efectuados a la conducta del conductor basados en la ley de tránsito, que considera inaplicable al supuesto de autos, he de efectuar unas breves consideraciones relativas al encuadre normativo del caso.

Hay responsabilidad civil cuando concurren la totalidad de sus presupuestos: acción antijurídica, factor de atribución, daño y nexo causal. En autos, la acción antijurídica consiste en la infracción al genérico deber de no dañar. El factor de atribución de la responsabilidad, o sea la razón suficiente para asignar el deber de reparar al deudor, es el objetivo, como lo ha exteriorizado el juez mediante la invocación del artículo 1113 del Código Civil. El daño consiste en la lesión al derecho a la salud con las proyecciones que se analizarán. Y, finalmente, la relación de causalidad, es decir, la vinculación entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a la cual se le atribuye su producción. críticas vertidas en su contra no alcanzan a

conmover el acierto que exhibe sobre este particular.

Frente a la crítica del demandado, a la que he hecho referencia, he de detenerme especialmente en el modo de configuración de la responsabilidad objetiva.

Sabido es que los factores objetivos de responsabilidad admitidos por la ley como fundamento del deber de indemnizar son: la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso del derecho y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos. En la especie, concurren dos factores: la garantía y el riesgo.

El primero de ellos –garantía-, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, funciona en el supuesto de la responsabilidad indirecta del principal por el daño causado (artículo 1113 del Código Civil, 1° parte). En dicho marco es pertinente el análisis subjetivo de la conducta del conductor efectuado en la sentencia a la luz de las previsiones de los artículos 512 y 902 del Código Civil. Ello porque son tres los requisitos para la concurrencia de este factor: relación de dependencia, ejercicio de la función y acto ilícito del subordinado.

Los dos primeros no constituyen hechos controvertidos de la causa; en efecto, son contestes la partes en la calidad de empleado –chofer- de C. S.R.L. que revestía el Sr. O. F. M.; también que al momento de accidente ejercía la función encomendada por la empresa, su principal.

El acto ilícito del subordinado es un hecho probado de la causa, como se ha señalado en el fallo de primera instancia. Repárese que, en definitiva, el examen de la culpa del conductor efectuado por el juez ha quedado sin refutación concreta. Ello, a excepción de la mera referencia a la inaplicabilidad de la ley de tránsito bajo el argumento de que el ámbito de aplicación

de la ley es la vía pública y el predio del relleno sanitario no reviste tal calidad.

Respecto a tal consideración, en primer lugar corresponde señalar que ninguna circunstancia de lugar puede impedir la plena vigencia del primer deber de todo conductor de vehículos: circular respetando la vida y la integridad de las personas, evitando las situaciones de peligro para sí, sus acompañantes o terceras personas (Marcelo López Mesa, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores,* Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 149). Por supuesto este principio encuentra su raíz en el deber genérico de no dañar a otro y al igual que otros de los principios que sustentan el derecho al tránsito tiene recepción en la ley de tránsito (principio de la seguridad vial, de capacidad o aptitud psicofísica, de pericia conductiva o idoneidad técnica, de regularidad técnica del vehículo, entre otros).

Por lo demás, es claro que si bien el relleno sanitario no constituye en rigor una "vía pública", término contenido en la leyes de tránsito -nacional n° 24449, a la que adhirió la P. por ley n° 4165 y la municipalidad mediante ordenanza n° 6199/96- al definir su ámbito de aplicación; lo cierto es que tal expresión no puede ser interpretado de manera que queden excluidos aquellos lugares donde circulan las personas. Ello es así porque, en definitiva, se trata de un vocablo de textura abierta y en tales casos debe estarse a la clara directriz que la Corte Suprema de Justicia sentó en el caso “Mosca”; el vocablo “debe ser interpretado mediante una analogía sustancial (Herbert Hart, "El concepto de Derecho", Abeledo Perrot, Bs. As., 1968, trad. Genaro Carrió)... y sin lo cual se generaría una extensa cantidad de equívocos hermenéuticos” (CSJ, 6/3/2007, Sup. LL del 12/3/2007, p. 5.).

En caso bajo examen, la libre circulación de las personas en el predio constituye el extremo que permite caracterizar el lugar como vía pública.

Lo expuesto avala la existencia de un supuesto de atribución de responsabilidad objetiva por concurrencia del factor de garantía (hecho del dependiente o responsabilidad del principal).

Ahora bien, he dicho que también concurre en el caso otro factor: el riesgo. La empresa C. S.A. impugna el fundamento de la asignación del riesgo efectuada por el juzgador "aplicando alternativamente los dos supuestos previstos por la norma legal"; considerando que sólo estamos ante un supuesto que es el de daño con la cosa. Pretende, asimismo, que tal diferencia es importante en aras al juzgamiento de la eximente culpa de la víctima entendiendo que en este supuesto al "accionado le alcanza también con probar que de su parte no hubo culpa".

Estos argumentos carecen de entidad, porque el efecto que se pretende extraer de los distintos supuestos implica subvertir la naturaleza de la responsabilidad objetiva que prescinde de la noción de culpabilidad, ya que justamente el dueño o guardián no se puede liberar del deber de reparar que se les asigna, mediante la prueba de no haber habido culpa de ellos.

Hechas estas aclaraciones de orden general he de adentrarme en el análisis de la eximente legal invocada: culpa de la víctima.

Tanto la demandada como la citada en garantía insisten en la existencia de dos presupuestos de hecho que permiten tener por configurada dicha eximente: indebido ingreso al predio y maniobra imprudente del niño al colgarse del camión.

Ninguno de estos dos presupuestos

concurren en la especie.

La ilicitud del ingreso no puede ser analizada en abstracto, es decir con prescindencia de las constancias de la causa y de los hechos reconocidos al contestar la demanda. Ello, como fue expresamente señalado por la demandada en el capítulo V de la contestación de la acción, en el que sostuvo el examen de los hechos debía ser efectuada teniendo en cuenta *"las circunstancias del lugar en el que sucedió el hecho y la realidad social en la que estamos inmersos"* –fs. 97-.

El lugar es un predio municipal en el que se depositan todos los residuos sólidos urbanos que se generan en la ciudad: relleno sanitario municipal. El ingreso de terceros no está permitido aunque sí lo hacen.

Este extremo es reconocido, en los términos que se siguen: *"La empresa ha tratado de impedir el ingreso de los cirujas al basural. Imposible. No se puede luchar contra un ejército de personas (más de 300) que pugnan por ingresar y rompen todo a su paso. Así, por ejemplo, con parte del alambrado perimetral. Por cierto que ello ha sido puesto en reiteradas oportunidades en conocimiento del municipio -propietaria del lugar- solicitándoles que ejerzan el poder de policía y previniéndole los accidentes que podía suscitarse ya que el nos ocupa no es el primero. Jamás hubo respuesta. O sea, quien tiene el poder de policía sobre el lugar no ha hecho nada al respecto"* –fs. 98-.

De tales reconocimientos puede inferirse que el acceso prohibido se convirtió en los hechos en acceso irrestricto; la falta de un adecuado cerco perimetral y de una vigilancia adecuada determinaron que la prohibición fuera ilusoria. También, que la empresa tenía plena conciencia -desde larga data- sobre la situación de extremo peligro que existía para las

personas en el mentado lugar.

Frente a esta situación, del expediente al menos surge que sólo mantuvieron una actitud de mera retórica y limitada a poner en conocimiento de la Municipalidad los hechos.

A pesar de que, según sus dichos, no hubo respuesta, no impulsaron medida de prevención alguna; tanto en relación al cerco que por sus características era inoperante por insuficiente o de muy difícil subsistencia en el tiempo por su precariedad; ora por la falta de vigilancia adecuada o, finalmente, para organizar de algún modo la actividad de los recolectores informales de basura –consentida fácticamente-.

Ahora, esta omisión por sí generadora de efectos jurídicos adquiere especial trascendencia porque de la contestación al pedido de informes efectuado a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia resulta que: "Es responsabilidad de la concesionaria controlar el ingreso/egreso de terceros conforme Art. 4.2.6 de la Metodología del Anexo IV del Contrato de Concesión del Servicio" –fs. 328-.

Es claro, entonces, que la pretensión de ser ajena a la presencia de "un ejército de personas" (sic) queda enervada frente a la clara obligación asumida por la concesionaria. Insisto, el control de tal extremo es un deber contractual de C. S.R.L., conforme lo informado y no objetado por la parte; sin perjuicio de la responsabilidad de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, cuyo tratamiento no integra el objeto de esta litis.

Por lo demás, no puedo soslayar que en la mentada contestación del oficio, el punto e.2.4) por el que se solicitaba informe sobre los supuestos reclamos efectuados por la concesionaria para "impedir el ingreso

al relleno sanitario de los denominados trabajadores informales" no tuvo respuesta y tal omisión fue consentida por la demandada a cuyo cargo se encontraba la acreditación de tal aserto. Además, ninguna otra prueba ofreció a tal fin.

El otro extremo invocado es la realización de una maniobra peligrosa por parte de la víctima: colgarse del camión.

En realidad, ninguna prueba con fuerza de convicción se aportó en tal sentido. Por el contrario, los testimonios brindados en esta sede como en sede penal -"M., A. s/ lesiones accidente de tránsito r/ víctima", expte. N° 972/2003, Juzgado n° 3-, dan cuenta de su inexistencia.

En tal orden de ideas, he de transcribir la descripción efectuada por los testigos que presenciaron el hecho. Así, N. H., trabajador del basural, al ser preguntado, en sede penal, sobre el conocimiento que tuvo del hecho sostuvo: "*Estaba entre oscuro y claro, no se veía bien. M. estaba juntando cartones en el fondo y venía entrando el camión, entonces él salió. Una señora y yo le gritamos que se corriera que venía el camión, él se corrió y el camión giró para ponerse marcha atrás. Cuando el camión giró, entonces lo pisó. Había como un callejón con basura de los lados, el camión giró para entrar marcha atrás, M. vio el camión y salió para un costado, se corrió, pero no pudo hacerlo mucho porque había una pared de basura. Entonces el camión lo agarró con las cubiertas duales traseras del lado del chofer. El chofer no lo vio, siguió de largo, yo saqué a M. al borde de unos montículos de basura. El camión terminó de descargar la basura y cuando se retiraba, le avisaron que había pisado a una persona. Yo ya le había sacado a M. los botines y las medias, el*

chofer dio aviso por radio, después llegaron los bomberos. PREGUNTADO: Para que diga si el camión tenía prendida las luces. CONTESTO: Creo que las de posición, no tenía encendido el reflector que sabe estar del lado del conductor e ilumina para atrás. PREGUNTADO: Para que diga la velocidad con la que ingresó el camión. CONTESTO: Ese chofer siempre entró rápido, yo lo conocí porque trabajé en el basural por seis años, y él era el único que entraba rápido, los demás entraban despacio y con chicharra. PREGUNTADO: Para que diga si el día del accidente tenía la chicharra que indica que el camión retrocede. CONTESTO: no, ese día no la tenía." –fs. 38 expediente citado-.

Estas declaraciones coinciden con las efectuadas por C. O. O., quien sostuvo*: "Yo lo que sé es que cuando el camión empezó a retroceder yo me corro para un costado y él para el otro. Ahí se ve que él se enredó con algo y el camión le agarró las piernas. Eran alrededor de las siete de la mañana y estaba oscuro"* – fs.360-.

A su vez, J. E. B., en esta sede, respecto a las características de los camiones de la empresa C. SRL sostuvo que poseen luces y chicharras reglamentarias –quinta y sexta pregunta-. Además al ser repreguntado acerca de la existencia de parte diario donde se registra el funcionamiento de las luces y a chicharra de los vehículos, contestó: "…Eso corresponde a la División Transporte que funciona en otra base."... -fs. 391-.

Las extensas citas de los testimonios que he efectuado se justifican porque demuestran que la mecánica del accidente fue diametralmente opuesta a la relatada por la demandada y citada en garantía. La maniobra del joven no ha sido probada, más aun de los dichos de los testigos presentes en el hecho resulta que

no existió.

Así las cosas, la eximente legal queda sin soporte fáctico. Huelga recordar que para poder eximirse de su responsabilidad objetiva, el dueño o guardián debe probar que el daño se produjo por el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. Zabala de G., "Responsabilidad por Riesgo", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 41/42). Como en este caso está fuera de duda que no se dan las condiciones que hubieran habilitado al planteo del caso fortuito o la culpa de un tercero por el cual no se deba responder, la defensa consistió en sostener que hubo culpa de la víctima, porque ésta habría ingresado atrevidamente en un predio privado asumiendo los riesgos de subirse voluntariamente a un camión en movimiento y que circulaba marcha atrás.

Los argumentos dados demuestran que nada se le puede imputar a un niño de 16 años perteneciente a un segmento sociocultural de muy bajos recursos que sólo … ¡trabajaba!

El carácter de trabajador informal ha sido reconocido por la propia demandada durante el transcurso de la totalidad de la litis.

Por lo demás, toda pretensión de ilicitud respecto a la conducta del entonces menor de edad se desvanece ante la inexistencia de obstáculo que impidiera su ingreso al predio, o que le indicara que el mismo era contra la voluntad de su guardián. En tales condiciones sería un dislate jurídico responsabilizar a la víctima, por la sencilla razón de que no basta para ello que la cosa haya sido usada sin autorización o en ausencia del responsable, sino que debe haber oposición expresa o táctica de su dueño o guardián (conf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes Complementarias", cap. A cargo de

la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, t. V, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 571).

Predicar que sus padres pudieron haberlo disuadido de ir a trabajar a un basural, como lo sostiene la citada en garantía a fs. 587 al afirmar que el nexo causal comienza con la conducta imprudente de sus padres al permitirle y fomentarle trabajar en un basurero municipal, es una hipocresía.

No es dable calificar como imprudente la conducta de quien "fomenta el trabajo" de sus hijos. Su modo -en el basural- tiene su razón de ser en los alcances de la crisis socio-económica que se vivía al momento del hecho –agosto de 2001- y que implicaba la necesidad de supervivencia del grupo familiar que integraba el actor frente a la pérdida de empleo de su padre. Tal dramática realidad fue descripta puntualmente por la demandada en los términos que se siguen: "Prácticamente un ejército de personas desocupadas e indigentes pululan constantemente en el basural y sus inmediaciones (muchos de los cuales incluso pernoctan contra la alambrada perimetral del vaciadero municipal -duermen en coches viejos o en precario reparos de chapas viejas-) a la espera de la llegada de los camiones de la Empresa C. SRL que -por tener a su cargo el servicio de higiene urbana en la ciudad- transportan hasta ese lugar los residuos sólidos urbanos generados en el ejido municipal

"Las personas son de toda edad, muchos de ellas menores de edad, y no siempre acompañados por sus padres o mayores de edad (caso del menor accidentado). En definitiva, un fiel reflejo de la realidad social y económica" (fs. 53vta.).

Por todo lo expuesto, debo rechazar los agravios vinculados a la existencia de culpa de la

víctima. Así, por los fundamentos dados, propicio la confirmación de la total atribución de responsabilidad a las demandadas.

2.b. La citada en garantía impugna, también, la condena a pagar intereses calculados a la tasa activa, el monto del daño moral, la imposición total de las costas, la vulneración de la previsión del artículo 505 del Código Civil.

La impugnación a la tasa de interés activa no ha de prosperar.

Vengo sosteniendo, con relación al punto que la elección de la tasa constituye un ejercicio razonable de la discreción de los jueces de la causa y que es indudable que la tasa activa es la que respeta adecuadamente el carácter alimentario de los créditos y tal carácter es el que revisten las presentes indemnizaciones derivadas de una incapacidad.

Es que no puede perderse de vista que "el fundamento de la tasa de interés es la devolución que ha de hacer el deudor al acreedor del interés que éste pagó o habría pagado para obtener el capital del que se vio privado a causa de la mora en que aquél incurrió" (CNCiv., sala G, marzo 19-1984; ED, 110-616).

En definitiva, cualquiera otra tasa que se pretenda aplicar puede significar un desequilibrio en detrimento de los derechos del damnificado (acreedor), quien seguramente vería como se privilegian las deudas originadas por otros créditos o por el movimiento empresarial, ya que a los demandados le resultarían más onerosas estas últimas. Es decir, conduciría a una solución contraria a la equidad.

Por lo expuesto se rechaza el agravio.

La siguiente queja versa sobre el monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral. En

realidad la impugnación transita por andariveles genéricos. Así, se endilga al juez de grado que no ha precisado las bases fácticas sobre las que ha sentado su estimación, no obstante ello no completa su crítica precisando cuáles son los elementos de la causa que habilitan una solución distinta; los argumentos esgrimidos solo demuestran una mera disconformidad con su cuantificación. Por tal motivo y teniendo en cuenta además la expresa indicación por parte del juez de grado de los extremos valorados –fs. 543vta.-, corresponde el rechazo del agravio.

A todo evento, señalo que se verifica en el caso el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso que deben ser evaluadas atendiendo a la naturaleza jurídica de la reparación –resarcitoria-.

Partiendo de esta premisa, destaco que el accidente provocó una lesión concreta: fractura del segundo metatarsiano derecho y que debió ser intervenido quirúrgicamente –osteosíntesis-, como da cuenta la historia clínica –fs. 284 y 285-. La lesión produjo, por su propia naturaleza, dolor.

Estos extremos demuestran no solo la configuración del daño sino también su extensión y permiten, además, concluir que en la fijación del monto, no se ha apartado de los hechos probados de la causa. Por otro lado, ha de decirse que tal monto no importa un cambio de vida para la víctima o su familia. Es decir, no es fuente de enriquecimiento.

Por todo lo expuesto, propongo la confirmación del monto fijado en concepto de indemnización por daño moral.

El siguiente agravio versa sobre la imposición total de las costas. Adelanto que tampoco

prosperará. Es criterio doctrinario y jurisprudencial que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Partiendo de tal premisa, las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado aquello procedente. Por lo tanto el fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota, no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere íntegramente (conf. Morello - Sosa –Berizonce en “Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación”, T.II-B, pág. 112/113, p.532).

En el caso de marras y en lo sustancial —esto es en lo que se refiere a los derechos en juego— ha triunfado la parte actora. Así, es litigante vencido "aquél contra el cual se declara el derecho" o "se dicta la decisión judicial" (conf. Fenochietto-Arazi "Código Procesal Civil y Comercial Comentado", t. 1, p. 261), y en el "sub lite" no hay dudas que dicho carácter recae sobre la accionada, por lo que la forma en que se impusieron las costas no será modificada en la forma que pretende la recurrente

Tengo presente también, el tipo de proceso que nos ocupa –indemnización de daños y perjuicios- en los que las costas integran el concepto de reparación integral que rige en la materia.

El último agravio tampoco prosperara, distintos argumentos dan sustento a su rechazo.

En primer lugar, debe señalarse que atendiendo al modo en que debe computarse el monto de condena (capital e intereses) no se es manifiesta como se

pretende la vulneración que sin demostración concreta se pretende configurada.

Luego, debo señalar que este Tribunal ya ha se ha pronunciado al respecto sosteniendo que cabe señalar que los extremos a los que la norma se refiere –quién debe cargar con las costas y su proporción- no inciden en la pauta regulatoria (Cfr. S.I. n° 140/2003 del 25/08/2003). Es que las reglas arancelarias específicas, de orden procesal y por lo tanto de competencia local no fueron derogadas ni sustituidas por la ley nacional y no se debe confundir el derecho de los profesionales al reconocimiento de una justa compensación por los trabajos cumplidos en el proceso con la eventual limitación de la responsabilidad de alguna de las partes en orden a su efectiva satisfacción (CNTRab. Sala VI Sent. 54008 30/3/01 "C., J. C/ C. S.A. s/ Accidente", elDial - AL5C).

Por lo expuesto el agravio no tendrá acogida y el recurso de la citada en garantía deberá ser rechazado íntegramente.

3. El recurso de la parte actora.

En primer lugar señalo que solo por aplicación del criterio amplio en el juzgamiento de los fundamentos de las apelaciones -dada la gravedad de las consecuencias que comporta la declaración de deserción- y en miras a un marcado resguardo de la garantía de defensa en juicio, es posible tener por superada la admisibilidad formal del recurso interpuesto por la parte actora.

Este criterio, además, ha sido ampliamente sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de la P. del Chubut. El máximo órgano local precisó que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 265 del CPCCCh debe optarse por tener satisfecha esa carga (cfr.

autos “G. vda. de F., E.” del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular” del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y “P., R. c/ M. s/ diferencias salariales” del 23-03-01 SAIJ01150056).

Superado este estadio formal, es dable remarcar que el contenido de la expresión de agravios se circunscribe al monto de la partida indemnizatoria por daño moral y al rechazo de los rubros individualizados como pérdida de chance, indemnización por incapacidad sobreviniente.

En relación con el monto de la reparación reconocida por daño moral, los agravios no alcanzan a conmover lo resuelto por el juez de grado. Se trata de una queja genérica, confusa; en definitiva, una mera disconformidad con el monto sin demostración concreta de los motivos que habilitarían una solución distinta.

Las pautas tenidas en cuenta en la sentencia no han sido conmovidas y no se advierte que el monto sea irrisorio y/o contradiga los hechos probados de la causa; por tales motivos corresponde el rechazo del agravio.

Con relación a la procedencia del rubro pérdida de chance, amén de la falta de claridad conceptual que exhibe tanto el reclamo inicial como la actual pretensión revisora, debo señalar que no existe prueba alguna en autos que permita tener por acreditados los presupuestos de hecho que podrían dar sustento a la procedencia de la partida.

Por tal motivo se rechaza el agravio.

Finalmente, daré tratamiento al rechazo de la indemnización por incapacidad sobreviniente.

No comparto las etiquetas de las partidas que inducen a error y eventualmente atentan ora contra el concepto de reparación integral, ora contra la adecuada

integración del contenido del daño por superposición de partidas.

Hecha esta aclaración señalo que, en el caso de autos, se han acreditado la existencia de un daño permanente que como tal debe ser valorado y tasado. Negar su existencia y proyecciones es caprichosos y vulnera el derecho a la reparación que tiene raíz constitucional.

Huelga recordar que el derecho a la vida, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación es "el primer derecho natural de la persona humana" (Fallos 302:1284). Se lo consideró, tradicionalmente, un derecho implícito o no enumerado (arg. art. 33 C.N.) y con la reforma de 1994 ha quedado expresamente incorporado al texto constitucional porque de ese modo lo reconocen los tratados internacionales incorporados al texto constitucional por el inciso 22 del artículo 75 (entre ellos por ejemplo el Pacto de San J. de Costa Rica en su artículo 4.1.). Obviamente, como necesaria derivación de éste se reconoce con idéntica jerarquía el derecho a la integridad corporal.

Ello, sin dudas, se proyecta en la materia que nos ocupa. Es que la salud tiene un valor para su titular; se trata de un bien jurídicamente tutelado y cuando es lesionado, cuando se afecta su utilidad, el menoscabo integra el contenido de daño.

En esta tesitura, según la cual la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable, se enroló calificada doctrina y jurisprudencia y quedó ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Nuestro Tribunal Cimero ha sostenido que todo menoscabo permanente de la integridad sicofísica de la persona es un daño resarcible por sí dentro de la categoría de daño patrimonial y desvinculando el concepto de patrimonialidad de la mera

pérdida de ganancias al incluir además diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 315:2834).

Incluso, hace ya más de dos décadas las "Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil en Casos de Muerte o Lesión de Personas celebradas en Rosario en 1979" recomendaron que para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana con su multiforme actividad; debiendo computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida, ya sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, rE.sas, sexuales. Aída Kemelmajer de Carlucci invoca esta recomendación para sostener que es ese el criterio prevaleciente en la actualidad, ya que la postura doctrinaria de que sólo las incapacidades que disminuyen la aptitud productiva son indemnizables como daño material ha perdido su antigua importancia ("Código Civil y leyes complementarias. Anotado, Comentado y Concordado", Director Augusto C. Belluscio, Tomo 5, ED Astrea, Bs.As., 1984; comentario de la autora al artículo 1086, & 13, p. 219/220).

Va de suyo que, al momento de cuantificar los daños materiales, cabe evaluar la incidencia de la lesión a la integridad sicofísica dentro de un espectro amplio e integral. En relación con lo estrictamente productivo no puedo dejar de valorar la incidencia de la lesión en la aptitud física, ello por cuanto si bien el trabajo humano compromete toda la actividad de una persona: inteligencia, voluntad, sensibilidad, responsabilidad psicológica; no existen dudas que en el caso de autos de acuerdo a la realidad socio-cultural del actor, al grado de acceso a la educación formal, en las posibilidades de acceso al mercado laboral tiene

mayor preponderancia el desarrollo de las fuerzas físicas y no el de las intelectuales. De hecho los variados trabajos que, a pesar de su juventud ha debido realizar para cubrir la más básicas de las necesidades (alimentación) se han vinculado estrictamente a lo físico (trabajo informal en el basural como recolector manual de desechos reciclables, ayudante de mecánico), como se ha probado en autos.

En función de lo expuesto, teniendo presente la entidad de la lesión, la afectación permanente de la salud que ha sido estimada en un 2% por los dictámenes periciales agregados en la causa, la edad de la víctima, el tiempo que falta para que se encuentre en condiciones de jubilarse, el monto del salario mínimo vital y móvil para la región, su sexo, su entorno socio-cultural y las aptitudes para la realización de tareas fijo, en concepto de indemnización por este rubro, la suma de pesos doce mil ($12.000).

La impugnación a los hoN.rios de fs. 556, concedida a fs. 558, carece de virtualidad jurídica en mérito a la modificación del monto de condena que se propone.

A mayor abundamiento se señala que ha sido interpuesta en “representación de la parte” y por lo tanto es, además, la manifiesta falta de interés en el recurso, atento que la parte no es condenada en costas.

Por todo lo expuesto, prosperará parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en su mérito, se elevará el monto de condena en la suma de pesos doce mil. Es decir que éste ascenderá en total a la suma de pesos veintiocho mil cuatrocientos ochenta.

3. Costas y hoN.rios.

Conforme lo resuelto, corresponde la

adecuación de costas y hoN.rios de la instancia de grado (art. 279 del CPCCC). Las primeras se mantienen y los hoN.rios se fijan por aplicación de las pautas generales del artículo 6 (monto del proceso comprendido por capital intereses, complejidad del asunto, resultado obtenido y relación de éste con el mérito de la gestión profesional y la trascendencia para la situación de las partes), las específicas de los artículos 7, 9, 37 y 39, todos de la ley 4335, se fijan los mismos en la suma de pesos seis mil, en forma conjunta, a favor de las Dras. E. Y. de C. y de C. C. y en la suma de pesos seis mil para los Dres. E. M. A. y N. L., en forma conjunta la suma de pesos cinco mil a favor de los representantes legales de la citada en garantía, Dres. M. E. J. y J. A. G. N.. Los hoN.rios del perito médico H. D. V. se fijan en la suma de pesos un mil. No se regulan hoN.rios a los integrantes del Cuerpo Médico Forense de conformidad a lo previsto en la Acordada que regula su funcionamiento.

Las costas de esta instancia se imponen a las demandadas vencidas por aplicación del principio objetivo de la derrota receptado en el artículo 68 del ritual.

Los hoN.rios, siempre de esta instancia, se fijan por aplicación de las pautas generales citadas y la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se cuantifican en las sumas siguientes: a favor de la Dra. E. Y. en la suma de pesos dos mil; para los Dres. E. M. A. y N. L., en forma conjunta la suma de pesos un mil quinientos; a favor de y a los representantes legales de la citada en garantía, Dres. M. E. J. y J. A. G. N., en forma conjunta, en la suma de pesos un mil quinientos.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

Propongo la siguiente resolución:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la codemanda C. S.R.L. y la citada en garantía "P. S. S.A.".

2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, revocar parcialmente el punto 1° de la sentencia de fs. 532/545, elevando el monto de condena el que se fija en la suma de pesos veintiocho mil cuatrocientos ochenta.

3) Adecuar los honorarios de primera instancia en el modo propuesto.

4) Costas de esta instancia a la demandada y citada en garantía. Regular los honorarios profesionales del modo propuesto.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la citada en garantía a fs. 589.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 532/545vta., que hace lugar parcialmente a la demanda y condena a C. S.R.L. y a O. F. M., conjunta y solidariamente, a pagar a R. A. M., la suma de $16.480, por rubros que señala, en plazo de 5 días y con más los intereses a partir del 24/8/2001. Hace extensiva la condena a la Aseguradora P. S. S.A.; rechaza la exención de pago de los honorarios de los letrados defensores de la Aseguradora; rechaza los rubros pérdida de chance, daño psicológico e incapacidad sobreviviente; rechaza la pluspetición inexcusable interpuesta por los codemandados y la temeridad por la citada en garantía. Impone las costas a los codemandados y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

Concedidos los recursos interpuestos por las partes y llegados los autos a esta Alzada, expresa

agravios la parte actora a fs. 580/583vta.; P. S. S.A. a fs. 584/588 y la parte demandada a fs. 590/594.

Los respectivos votos que me preceden relevan las cuestiones traídas en recurso, con lo que se advierte que la parte actora, en razón del accidente sufrido y sus secuelas, controvirtiendo lo resuelto en materia de pérdida de chance, que se ha visto frustrado en la posibilidad de obtener trabajo para el sostenimiento de la familia y aboga por el ámbito que debía abarcar la indemnización. El segundo agravio critica los fundamentos del fallo que menoscaban su petición sobre el agravio moral, que estima postura muy dura. Define los alcances de la reparación respecto al agravio moral y cita criterios jurisprudenciales. En el tercer agravio, se refiere a la negativa del fallo respecto a los alcances de la incapacidad resultante, sostiene que se está frente a un daño físico-psíquico y que se deben indemnizar todas las circunstancias disvaliosas soportadas por la víctima, que se ha operado una incapacidad permanente que debe repararse. Alude a los datos que suministran las pericias médicas. Pide revocatoria y costas, reserva el caso federal.

En lo que hace a los agravios de la parte citada en garantía P. S. S.A. (fs. 584/588), expone su disconformidad por la imputación de culpa exclusiva al chofer del camión de nombre M., cuando debió atribuírsele a la víctima por lo que el asegurado, su chofer y su mandante no deben responder; que la responsabilidad del conductor no es absoluta y corresponde resolver según las circunstancias del caso, que en las condiciones de riesgo que se ha puesto el menor constituyen obstáculos insalvables para el conductor O. F. M.. Afirma que el fallo se aparta de las circunstancias de la causa, resulta dogmático y en su consecuencia arbitrario. Se

agravia además (segundo) que la asegurada y su conductor no puedan invocar la responsabilidad de los padres; tercer agravio, que el fallo debió resolver una culpa exclusiva de la víctima o de sus progenitores (fs. 586/587); cuarto agravio, se refiere a la tasa de interés en tanto los actores no demostraron que se dedicaron a las actividades comerciales; quinto, critica el monto fijado por daño moral, negando incapacidad física o psicológica al joven M.; se agravia asimismo de la condena en costas, entiende que su parte no fue parte vencida y por el contrario, venció en lo aritmético, en lo cualitativo y en la totalidad de lo reclamado; impugna las regulaciones de honorarios (7mo. agravio) por violentar el art. 505 CC. Reserva el caso federal.

La parte demandada C. S.R.L. (fs. 590/594), argumenta que importa distinguir que el daño se produjo con la cosa y no por su vicio o riesgo (ap.A) y que conforme con el art. 1111 C.C., al accionado le alcanza con probar que de su parte no hubo culpa. Niega la aplicación del la Ley 24449 por no producirse el accidente en la vía pública, que no es el caso del "basural" (ap.B) cuyo ingreso y permanencia es con autorización, que el menor ingresó por su propia voluntad, debiendo asumir las consecuencias de su ilícito proceder; contrapone que como lugar cerrado por el relleno sanitario, ingresan solo los dependientes y vehículos, no pueden ingresar terceros (caso del menor) sin autorización; que la invasión de gran cantidad de personas (punto C) es inevitable, alude a otras circunstancias del hecho (fs. 592/593), sostiene en conclusión la aplicación del art. 1111. Pide el rechazo de la demanda en todas sus partes.

Por su implicancia, se evalúan primeramente los agravios de las partes que pretenden el rechazo de la demanda.

Los expuestos por la parte citada en garantía "P. S. S.A., rechazan la imputación de culpa exclusiva al conductor del camión, criticando de inicio la sentencia por dogmática y voluntarista, sin señalar en qué pasajes resulta el dogmatismo o la mera voluntad del Juzgador. Por el contrario, el texto que transcriben a fs. 584vta. (punto 4), al tratar el fallo la defensa fundada en el art. 1111 C.C., determina la conducta culposa de los demandados, por el conocimiento de las circunstancias de hecho en que se desenvolvía la descarga de residuos en tierras de propiedad fiscal municipal, por lo que rechaza la exigente de trasladar la culpa al menor y a sus padres, agrega después, ni los choferes ni la sociedad demandada pueden considerarse sorprendidos por la situación fáctica causante de las lesiones al menor M..

A esta determinación de la sentencia, contrapone la Aseguradora recurrente, "nos permitimos destacar" dicen (fs. 584vta., 4to.párr.), que si como expresa el fallo la titular registral y el chofer debían conocer los riesgos que corrían al ingresar al predio municipal, idéntica afirmación debió hacerse respecto del menor de 16 años que tenía discernimiento.

Primero, ya no niega el conocimiento de las circunstancias del medio, sino que pretende parangonar la responsabilidad resultante en cabeza del menor.

Pero para justificar la defensa, concede benévolamente que "si bien" y en principio la conducción de un automóvil requiere una atención y prudencia permanente, la regla no es absoluta y automática para así

volver sobre la conducta del menor con rasgos gravosos, en medio de gente que se agolpa y constituye obstáculo imposible sortear (párr. 2 y 3ro de fs. 585).

Mide en consecuencia con vara desigual al conductor, no le serían opuestas en la emergencia las exigencias conductivas por no ser una regla absoluta y matemática pero el menor sí, por su accionar físico desatento, debe prestar su responsabilidad en cualquier hipótesis.

Al pretenderse tal equiparación, la tesis de la apelante demuestra su inadmisiblidad, porque silencia que la conducción de una cosa peligrosa irroga la responsabilidad objetiva o por riesgo.

Muchos fundamentos previos y amplitud lleva al fallo a incorporar finalmente tal fuente de obligaciones. En el punto sexto (fs. 541), con cita de doctrina y en comentario al art. 1113 C.C., corona su exposición que el automotor en movimiento genera un riesgo –en el caso el Camión XX * en movimiento conlleva una mayor carga de riesgo para cualquier persona-, donde juega el factor objetivo de riesgo, con lo que probado el contacto físico de M. con el S. productor del daño, basta para que surja la responsabilidad de C. S.R.L. y del conductor M..

La fundamentación precedente del Juzgador aún se extiende con mayor amplitud a fs. 541vta., pero basta señalar el fundamento concreto señalado, porque la recurrente no se ocupa de desvirtuar tales conceptos en función del riesgo de la cosa.

La magnitud dañosa del camión de las características señalada en movimiento de marcha atrás sin adoptar las prevenciones del caso, no tienen parangón alguno con la conducta descuidada de una de cualquier persona como lo expresa el sentencia: “mayor carga de

riesgo para cualquier persona", expone a fs. 541, última parte, extremos que tampoco cuenta con el examen preciso y la controversia demostrativa de equívoco.

La responsabilidad objetiva por riesgo del art. 1113 C.C., no pudo resultar diferente por el lugar del ocurrimiento del accidente. La ley lo prevé en función de la cosa riesgosa por la que responsabiliza a su propietario y/o guardián y por la naturaleza del daño producido. Las circunstancias del reiterado trajinar de los camiones en el basural municipal, no variaron la naturaleza del accidente por no producirse en estricto sentido en la vía pública. Resultan, en consecuencia, plenamente aplicables las enseñanzas del autor Carlos A. Ghersi, respecto a las conductas de descuido de los peatones frente al automotor. Critica el autor duramente un fallo de la C.Nac. Com., Sala E.., 13/11/91, "Rego, J. v. Mac Call, Roberto A." (J.A. 1992-II-50), porque dice que es opinable que el automóvil pueda considerarse una cosa riesgosa que debe examinarse cada caso y que resulta temeraria la conducta del peatón que intenta el cruce de una avenida de alta velocidad y con cinco carriles. Con el título de "Accidentes de automotores, artículo 1113 del Código Civil – La modernidad: El auto de la sociedad civilizada contra el peatón atribulado", el autor señala los antecedentes de la responsabilidad objetiva y su introducción en la legislación con la reforma de 1968; que las conclusiones de los Congresos y Jornadas del país establecen: que el riesgo creado presupone una actividad riesgosa por naturaleza o por su forma de utilización (Córdoba, año 1968); en otros y por unanimidad, que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo creado (Mercedes, 1981); *cualquiera fuera la forma en que se produce un accidente con un motor en circulación,* queda bajo la órbita del art. 1113, párr. 2

– 2da.parte, el factor de atribución es el riesgo creado y los eximentes deben interpretarse restrictivamente (San J., 1984); "cuando el daño es ocasionado mediante el empleo de cosas, la responsabilidad es objetiva... b) en el ámbito extracontractual, por el C.C. art.1113 párr.2, parte 2da., J.A. 1986-IV-876 (San J., 1984); el factor objetivo de responsabilidad introducido en el art. 1113, párr.2, parte 2da., ha superado la primitiva idea de clasificación de cosas riesgosas y no riesgosas, pero aún de admitirse, nadie duda como lo dice el jurista Luis Moisset de Espanés, que el automotor en movimiento es una cosa riesgosa o como lo señala el Dr. Garrido: "El riesgo creado supone incorporar al medio social una cosa que, por su naturaleza o forma de utilización, importa un peligro potencial de daño". Con tales lineamientos rechaza el Dr. Ghersi el fallo cuando dice que "la naturaleza riesgosa de un bien nada más por ella no autoriza la aplicación del art.1113 CC. Por el contrario, señala que el sentido teleleógico de la norma es idéntico al incorporado medio siglo antes para el accidente laboral en la ley 9688 y con el criterio sentado por el camarista diríamos: ¿el hecho de que un trabajador sea dañado por una herramienta máquina, no autorizaría la aplicación de la ley? Al igual entonces que la respuesta afirmativa que correspondería, entiende que la normativa del art. 1113 CC. como principio general es de aplicación automática cuando el daño es producido por el riesgo o vicio de la cosa y que lo que expone es reflejo de la unánime doctrina y jurisprudencia. Cita el autor el trabajo del Dr. Mosset Iturraspe ("Responsabilidad del conductor en los accidentes de tránsito" – JA.-27, p.48), que pregunta si puede calificarse el cruce de la calzada por un lugar distinto al de la senda peatonal como irrupción inesperada y súbita y responde negativamente,

porque es previsible entre nosotros, hoy y aquí, que un peatón intente el cruce por tales lugares.

Tampoco era inesperada y súbita la presencia de la gente, que la propia recurrente señala se disputaban los elementos transportados como basura. El peligro potencial de daño era en consecuencia de total previsibilidad (arg. art.514 CC.).

Opone en todo caso la apelante que en tales condiciones la actitud riesgosa de la gente constituyeron obstáculos "imposibles de sortear". No demostrada ninguna prevención durante la maniobra, el argumento resulta inadmisible. Solo las conductas que no pueden preverse no pueden ser reprochadas, a contrario del caso planteado. Respecto a la pretendida inevitabilidad (fuerza mayor) por la presencia numerosas personas interfiriendo en el tránsito del camión, las pruebas no lo avalan, no se prueba en el hecho concreto la presencia de un gentío interruptor del nexo de causalidad entre la conducta del conductor del camión y el daño. El testigo H. (fs. 38, causa penal N° 972/2003 s/ Lesiones leves, por cuerda), refiere que M. se encontraba juntando cartones en el fondo y venía entrando el camión, el testigo y una señora le gritaron que se corriera, el se corrió y el camión giró para entrar marcha atrás, empero no se corrió mucho porque había una pared de basura, el camión lo agarró con las cubiertas traseras duales. Otro testigo, C. O. O., en los presentes autos dice que lo que sabe es que el camión empezó a retroceder, el se corrió para un lado (el testigo) y él (M.) para el otro.

No se dio en consecuencia durante el accidente la presencia de un gentío interruptor del nexo de causalidad entre la conducta del conductor del camión y el daño. Se rechaza en consecuencia la defensa.

En todo caso la sentencia, a propósito de la excusa que una gran cantidad de personas esperaban a los camiones, le opone que frente a tales circunstancias demostró desinterés porque siguió la actividad en las condiciones que relata, aún en ausencia de alambre perimetral y sin que la autoridad municipal ejerciera el poder de policía, cuando era el deber de obrar con prudencia y claridad por circular con una cosa generadora de riesgos. La carga de responsabilidad se ajusta a derecho, porque adviértase que no se controvirtió la respuesta Municipal cuando fue oficiada para que respondiera si terceros pueden ingresar al basural sin autorización del Municipio (oficio de fs. 255, punto e.2.3). Respondió el Ente Comunal que no es sujeto obligado a extender autorizaciones en tal sentido y que es responsabilidad de la concesionaria controlar el ingreso y egreso de terceros, conforme con el art. 4.2.6. de la Metodología del Anexo IV del Contrato de Concesión del Servicio (fs. 328).

Queda desbrozado en consecuencia que era la propia concesionaria la responsable de la seguridad que traslada al Municipio, con lo que no precede que se escude en una suerte de "exigencia" del fallo de abstenerse del cumplimiento del contrato, cuando es análisis de la sentencia que responde a su propia tesis de justificación, pero desvirtuada con el informe de la Municipalidad.

Opone la Aseguradora en otro párrafo que la sentencia se aleja de las constancias de la causa y le impide ver la verdad objetiva de lo acontecido, la existencia de un menor detrás de las ruedas del camión de C. S.R.L., que constituyó una circunstancia imposible de prever y evitar y que ni aún un mínimo de diligencia

hubiera podido evitar el hecho y en consecuencia se ha apartado del principio de causalidad adecuada.

Ya se señaló que han sido los propios codemandados que alegan sobre circunstancias del hecho y las excusas eximentes se encuentran rechazadas, por lo que corresponda igual resultado a la reiteración de la defensa relativa a la imposibilidad de prever e imposibilidad de evitar el daño.

Se rechaza por todo lo expuesto el *primer agravio.*

Por el *segundo agravio,* se impugna la decisión del Juez que ni la aseguradora ni el conductor del camión pueden alegar la responsabilidad de los padres, con lo que se incurre –según el recurso bajo tratamiento– en violación del art.265 C.C. (fs. 586) y con cita de jurisprudencia se sostiene como injustificada la falta de los padres.

En tanto se rechaza que la conducta del menor le importe culpa jurídica en la producción del evento dañoso con relación al art. 1111 C.C., va de suyo la existencia de responsabilidad de los padres en razón del art. 265 cit. El menor M. resulta una víctima del hecho ilícito, en tanto la responsabilidad pretendida responde a conductas por daños causados por los hijos menores a terceros, ajeno al caso de autos (art.1114 C.C.).

El agravio resulta inadmisible.

Cuarto agravio y quinto agravio (fs. 587/587vta.). Tasa de interés y monto por daño moral. Carece de virtualidad pronunciarme respecto a los rubros señalados, en tanto mis colegas se pronuncian por mayoría sobre tales puntos.

Sexto agravio (fs. 587vta.). En tanto el agravio parte del presupuesto que ni la asegurada ni el

chofer del automotor resultan responsables, debe remitirse a los argumentos antecedentes que fundan el rechazo a tales afirmaciones.

Respecto a la magnitud del monto indemnizatorio, controvertido oportunamente por pluspetición inexcusable, en tanto no prospera la excusación de responsabilidad, privan los principios relativos a la naturaleza indemnizatoria de la condena que impiden la imposición de costas a la víctima, por afectar los principios de reparación integral. Pero además ingresa al impedimento el modo de constitución de la demanda, que lo hizo por lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, que excluye el caso de pluspetición.

Séptimo agravio. Con las regulaciones de honorarios practicadas por la sentencia, estima violado el art. 505 del Cód. Civil. La afirmación de la agraviada se formula con base en que las regulaciones de honorarios de los profesionales de todo tipo devengados y correspondientes a la primera instancia no excederá el 25% del monto de la sentencia y que siendo el monto de condena de $16.480, los regulados a los letrados de la actora, peritos intervinientes y el patrocinante de uno de estos últimos, más la tasa de justicia, supera el límite del 25% que dispone la norma citada.

La recurrente omite que para el cómputo no se tendrán en cuenta los montos de los honorarios profesionales que hubieren asistido a la parte condenada en costas y asimismo, que el monto de condena no resulta solo la suma $16.480, sino que es dicha suma con más los intereses ya señalados a partir del 24/8/2001, con lo que el marco límite para las regulaciones no importan el único monto señalado.

No encontrándose, en consecuencia, demostrado el exceso, el agravio debe rechazarse.

A mayor abundamiento y toda vez que la impugnante no aporta totalidad de los elementos que determinen que se supera el 25% previsto en la norma civil citada, puede señalarse que en función del capital más intereses a partir del mes de agosto/2001 que corresponden para regular los honorarios, conforme con los arts. 6, 7 y concords. de la Ley 2200 y ref. Ley 4335, las practicadas resultan mínimas y por lo tanto ajenas a las limitaciones del art. 505 citado.

Memorial de agravios de la parte demandada de fs. 590/594.

A) La queja sobre la aplicación de la alternativa de los "dos" supuestos previstos en el segundo párrafo del art. 1113 C.C., carecen de andamiento.

Conforme con los fundamentos de uno de los mentores de la reforma al Código Civil, la Ley 17711 borró la famosa cuestión si debía distinguirse entre los daños causados por las cosas o con las cosas, con lo que la utilización por el art. 1113 C.C. de los términos "con" y "por", "han quedado totalmente desprovistas de trascendencia jurídica" (Conf. "La Reforma de 1968 al Código Civil", Dr. Guillermo A. Borda, pág. 214, b., Ed. Perrot, año 1971.

Por otra parte, el Juzgador definió en distintos pasajes la condición riesgosa del automotor, sin referencias de la recurrente, limitándose a oponer que el daño es producido por la cosa y no por su vicio o riesgo (sobre la condición de riesgo del Camión S. se remite a la hoja n° 5 del presente voto). Se rechaza, en consecuencia, que el punto deba ser declarado como lo pretende y a lo que cabe remitir a la crítica del autor

Ghersi considerando al automotor como cosa riesgosa y la exculpación de las conductas de descuido, expuesta con motivo de los agravios de la parte citada en garantía (hoja n° 6 del presente voto).

B) El lugar del hecho. Expresa el agravio que: "Al parecer al juzgador no le ha quedado claro el lugar en que se produjo el hecho", que el accidente se produjo dentro del basural. Se advierte el sentido de tal expresión por lo que luego observa la recurrente, pero es claro que en la síntesis del considerando respectivo (de la demanda a fs. 533), expone que R. A. M. de 16 años de edad, hijo de los demandantes, se encontraba en el predio del basural municipal a la espera del camión recolector, pues era su trabajo habitual juntar todos los residuos para ser vendidos y colaborar con el sostenimiento del hogar. También por la contestación de la demanda (fs. 533vta., punto 12), el: "...accidente se produjo en el basural municipal ubicado en el Barrio Industrial..." y a fs. 535/535vta., punto 2.2., las tierras del Basural Municipal... son propiedad fiscal municipal, sin mensura...".

Si bien a fs. 540vta., el Juez se funda –pero en parte– en las obligaciones que determina la Ley Nacional de Tránsito –con la adhesión de la P.– sobre la conservación del dominio del vehículo para maniobrar con eficacia y evitar daños a terceros, la observación de la agraviada que el sistema legal se aplica exclusivamente a la vía pública y en el basural no hay caminos públicos, no resulta de tal circunstancia, primero, que el sentenciante equivoque el lugar de ocurrimiento del hecho y segundo, que la cita de la ley de tránsito no importe por analogía el reconocimiento a la entrada y salida de camiones, que no podían importar la desaparición de las mismas obligaciones de prevención y el resguardo de

terceros. Pero, por otra parte, los presupuestos del fallo asimismo se integran con las normas civiles y la parte no controvierte los textos cuando en la misma foja (540vta.), el sentenciante agrega que son reglas de prudencia categóricamente ya impuestas en los arts. 512 y 902 del Código Civil y que resultan violadas al mismo tiempo y que configuran la ilicitud objetiva de la conducta de M. y que por tratarse de culpa demostrada no requiere el auxilio de ninguna presunción. Todo sin perjuicio de la integridad del fallo, con cita del art. 1113 C.C. y con reiterada vinculación al art. 512 y 902 del C.C. (fs. 541), con lo que en definitiva ni puede sostenerse error del fallo en el lugar de ocurrimiento del suceso, ni que la cita de la Ley de Tránsito invalide el contexto obligacional y de responsabilidad al que concluye con la totalidad de la sentencia.

Por otra parte, la sentencia no ha declarado lícito el ingreso al lugar que admita la afirmación del punto 2.5. de fs. 591, lo que no importa la existencia de los fundamentos por los que les asigna a los demandados la aceptación de la realidad del ingreso de numerosas personas. Mal puede entender la parte apelante que el ingreso no autorizado al basural, le eximía del deber de no dañar y responder por el ocasionado a tales ingresantes con la cosa riesgosa (art. 1113, 2da. parte C.C.).

El agravio, en definitiva, debe rechazarse.

C) Las circunstancias de tiempo y lugar.

Entiende la demandada que no le resultan imponibles las conclusiones del sentenciante respecto al riesgo que asumía la concesionaria al ingresar al predio fiscal municipal (fs. 591vta.: "...el riesgo asumido (¿) por los demandados, no era novedoso... tenían pleno

conocimiento del riesgo que corrían...”), en razón que era la empresa demandada la única que podía ingresar y que a los terceros les resultaba vedado sin permiso, con lo que la conclusión del magistrado resulta absurda, que es exactamente al revés, que son los terceros (caso del menor), los que ingresan sin autorización.

La escueta cita de un texto del fallo formulada a fs. 591vta., punto 2.6., sin precisar los amplios fundamentos incidentes del contexto, le permiten a la recurrente conjugar cierta oscuridad en dicha expresión del fallo (el riesgo que corrían los demandados al ingresar al predio municipal no era novedoso), cuando lo que resulta del contexto de la sentencia es que la responsabilidad de los codemandados fluye por la aceptación de los riesgos que implicaba desarrollar la actividad con la proximidad de las personas que esperaban diariamente a los camiones recolectores de residuos a su ingreso al basural. Por eso señala luego la sentencia a fojas vuelta del texto controvertido (fs. 539vta.) que: Ni los choferes, ni la sociedad demandada, pueden hacerse los sorprendidos por la situación fáctica causante de las lesiones al menor M., omitiendo señalar “su permanente aceptación que, a la llegada de cada camión...” haya gran cantidad de personas esperándolos para apoderarse de los elementos residuales. Son riesgos aceptados por los codemandados, sin perjuicio de su propia actividad de riesgo. El Juez no desconoce ninguna realidad y la afirmación de C. S.R.L. que es a los terceros a quienes les resultaba vedado dicho ingreso, cierra el concepto cargoso del sentenciante, porque aceptaba igualmente la situación irregular. Ya se señaló, cuando el Municipio fue oficiado sobre el punto, respondió que el Ente Comunal no es el sujeto obligado a extender autorizaciones para ingresar al basural, que ello es

responsabilidad de la concesionaria controlar el ingreso y egreso de terceros, conforme con el art. 4.2.6. de la Metodología del Anexo IV del Contrato de Concesión del Servicio (ver fs. 328).

Respecto a la magnificación de las personas presentes como acontecimiento inevitable, actitud de la gente "imposible de sortear", según la citada en garantía, se responde en el presente voto en hoja n° 8, al que cabe remitirse. Con ello, que no se dio en la emergencia la presencia de un gentío –agrégase menos que M. estuviera trepado al camión- interruptor del nexo de causalidad entre la conducta del chofer del camión y el daño producido con la cosa de riesgo, automotor con movimiento en retroceso.

Asimismo se rechaza la breve referencia a la responsabilidad de los padres, conforme los términos expuestos al tratar el segundo agravio de la Aseguradora.

D) La maniobra del automotor. Se sostiene que ni el conductor del vehículo ni la empresa, violaron el deber que sindica el Juez con invocación del art. 902 del Cód. Civil. Los argumentos solo constituyen afirmaciones contrarias a las de la sentencia, pero no demuestran su error. Por otra parte reiteran argumentos ya tratados en el presente voto (gran cantidad de personas; que el menor se cayó del camión) o por remisión a iguales defensas de la parte citada en garantía, impedientes de equiparar la conducta de propietario y guardián de la cosa peligrosa con la presencia en el caso de un menor, pero no inesperada o súbita para los demandados. Con ello, la mayor obligatoriedad de prevención y prudencia por la conducción de la cosa peligrosa, propia como la impone el art. 902 citado, no cumplida por las demandadas.

No se dan las razones para concluir a contrario, como se sigue sosteniendo con el testimonio del Ing. A. M., porque el Juez descalifique parcialmente la declaración del testigo nombrado. El Ing. M. responde al contexto general conforme a la tesis defensiva sostenida por las demandadas, sobre la presencia de terceros que trepan y corren alrededor de los camiones de residuos, "en las formas como M. y la sociedad C. narran al contestar la acción" (el fallo a fs. 540), pero la sentencia ajustadamente le asigna que todo ello le generaba mayor obligación de vigilar el estado de la circulación, como lo hacían esos rodados y no lo hizo – sigue diciendo la sentencia y "si aceptaron circular por el basural, en las desprolijas condiciones expuestas, mayores serán las consecuencias posibles de los hechos de las que deben hacerse cargo, porque mayor era su deber de obrar con prudencia y claridad...". Es el cuadro general, pero también fundamenta la sentencia: "Tal como operaba, en el momento del accidente, incumplía la obligación genérica de adoptar las diligencias apropiadas para evitar los daños..." (fs. 540). Es el punto, el caso particular del camión en retroceso, en las circunstancias ya señaladas precedentemente, donde la máxima prevención le era exigible en razón del art. 902 del C.C. Es el sistema legal con los arts. 1109, 1113 y concords. del Código Civil. Por ello, en definitiva, debe rechazarse la postura que si el accidente se produce en un lugar que los terceros no podían estar y se produce el accidente, pero a sabiendas de la presencia de terceros, no podía excusar la máxima prevención por ser la emergencia totalmente previsible. En su oportunidad, la del tratamiento de los agravios de la Aseguradora apelante, quedan tratadas todas las cuestiones defensivas precedentes, por lo que, asimismo, se rechaza la

aplicación del art. 1111 del C.C., la presunta culpa de los padres, por lo que corresponde remitirse a las conclusiones antecedentes que le atañen.

Debe en definitiva rechazarse el memorial de agravios de fs. 590/594.

Agravios de la parte actora de fs. 580/583vta.

Cuadra en primer término advertir que existiendo mayoría en dos cuestiones relevadas por la parte actora recurrente, el agravio respecto a la indemnización por daño moral y el referente a la pérdida de chance, carece de virtualidad pronunciarme sobre los mismos.

En cuanto hace al *tercer agravio,* se critica que se parte de la base de que la actora tiene una capacidad del 98%, destacando entonces que es menos que 100% y que comprobadas las lesiones, la indemnización no se encuentra necesariamente vinculada a una posible actividad laboral o generadora de ingresos, cuando lo que corresponde es reparar todas las circunstancias disvaliosas soportadas por la víctima. Sostiene que el daño altera la integridad psíquico-física y ello no puede devolverse al organismo alterado, más aun –sigue diciendo- cuando se ha comprobado una incapacidad permanente. Se refiere entonces a las pericias médicas de los Dres. C. G. y D. V., que describen las lesiones óseas sufridas por M. y, tanto uno como otro, establecen una incapacidad parcial y permanente del 2% de la total obrera.

Es evidente que en efecto, para la negativa el Juez parte que el actor afectado “no tiene incapacidad sobreviviente” porque los peritos establecen una capacidad del 98% y concluye que en consecuencia,

faltando la prueba del daño, debe rechazarse tal petición.

El caso es que si por una parte el fallo destaca la capacidad dictaminada por el perito para los actores, lo que importa asimismo definir que para que el daño sea indemnizable debe guardar cierta magnitud y entonces no resulta tal concepto si la portante es solo del 2% -sin que se prueben incidencias menoscabantes- no quita que ha definido el concepto de daño a fs. 542vta., sobre su carácter cierto, de naturaleza patrimonial, su existencia acreditada y negando entonces a fs. 544, punto 5, que ello haya ocurrido.

La recurrencia de la argumentante que se trata de compensar el daño en la proyección de la integridad físico-psíquico del individuo, tiene opinión formada del suscripto en los autos caratulados: "C., F. c/ B. y Cía. S.A. s/ daños y perjuicios", expte. N° 9756 año 1997. Señalo, en consecuencia, que la pretensión de desdoblar la incapacidad física, en concepto de integridad psicofísica sin prueba del lucro cesante, se enrola en la tesis que entiende que son dos rubros resarcibles dentro del daño patrimonial. "El objetivo declarado de esta tesitura es admitir el resarcimiento a título de daño patrimonial en casos en que hay incapacidad pero no existe privación de ganancias" (Conf.: "La responsabilidad por daños en los accidentes de trabajo", R. Luis Lorenzetti, pág. 150, ed. Abeledo Perrot año 1993). El autor señala que la tesitura es insostenible en nuestro derecho (por lo menos en lo que aclara luego cuando no hay prueba precisa del lucro), en la medida que resulta claro que lo que se compensa son las pérdidas de la incapacidad permanente, o de la muerte. El mismo autor, que anota el fallo "Pose...", citado de la CSJN (J.A. 1994-II-269), dice que la

discusión sobre la diferenciación del daño biológico del lucro cesante tuvo repercusión en Italia, debido a la limitación existente respecto de dicho daño biológico, que si era moral, no era resarcible. Dice el autor Lorenzetti que tal debate no se puede trasladar a nuestro derecho positivo, frente a la amplitud que exhibe el art. 1078 CC. argentino, totalmente diferente al art. 2059 CC italiano y que permite la compensación como daño moral.

Por lo expuesto, que el principio de reparación integral no permite ir más allá del daño cierto causado por la cesación del lucro verosímilmente probable, atendiendo el curso normal de los acontecimientos (conf. cita punto C., Cód.Civ. Anotado – Actualización – Tomo 4-A, pág. 480, autores Salas-Trigo Represas-López Mesa), me expido, asimismo, conforme con el primer voto, por el rechazo de los agravios.

Propugno en definitiva el rechazo del agravio y deberá proveerse a la reserva federal reservada.

Costas y honorarios: De conformidad con lo expuesto al tratar tales puntos en razón de los agravios de la parte citada en garantía de fs. 584/589vta., corresponde el mantenimiento de las costas en esta segunda instancia a cargo de las codemandadas, en virtud del art. 68 CPCCCh. Respecto a la regulación de honorarios, atento el resultado de los votos respecto a las cuestiones planteadas, propongo en mérito de los trabajos profesionales, su mérito y resultado de los recursos y lo previsto en los arts. 6, 7, 9, 14 y concords., la regulación de los honorarios en el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el tercer agravio interpuesto por la parte actora a fs.583/583vta., contra la sentencia de fs.532/545vta., teniendo presente la reserva del caso federal. 2) Rechazar los agravios interpuestos por "P. S. S.A", a fs.584/589vta., contra la sentencia aludida, teniendo presente la reserva del caso federal. 3) Rechazar los agravios de fs. 590/594, interpuestos la demandada C. S.A., contra la sentencia aludida. 4) Imponer las costas de la Alzada a la parte demandada y citada en garantía, regulándose los honorarios de conformidad con las pautas señaladas en el momento del acuerdo.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias apuntadas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios interpuestos por la parte actora a fs. 583/583vta., contra la sentencia de fs. 532/545vta., teniendo presente la reserva del caso federal.

2) Rechazar los agravios interpuestos por "P. S. S.A", a fs. 584/589vta., contra la sentencia aludida, teniendo presente la reserva del caso federal.

3) Rechazar los agravios de fs. 590/594, interpuestos por la demandada C. S.A., contra la sentencia aludida.

4) Confirmar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia.

5) Imponer las costas de la Alzada a la parte demandada y citada en garantía, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. E. Y. en la suma de PESOS NOVECIENTOS SESENTA ($960), de los Dres. J. A. G. N. y M. E. J., conjuntamente, en la suma de PESOS SEISCIENTOS ($600) y de los Dres. E. M. A. y N. L.,

conjuntamente, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS ($1.200).

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA N. ALONSO de ARIET - Presidente
FERNANDO NAHUELANCA - Juez de Cámara
JULIO ANTONIO ALEXANDRE - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 32 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"