En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S. M. N. c/ L. M. P. y/u otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 135 - Año 2013)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTION:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme al orden de sorteo practicado a fs. 426.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

La Sra. Jueza de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 381/385, rechazando la demanda entablada por M. N. S. contra M. P. L. y M. C. L.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que los hechos sucedieron de manera distinta a la versión sostenida por la actora.

Evaluó la prueba testimonial de B. (fs. 290), A. (fs. 292), de P. (fs. 294), R. (fs. 295), L. (fs. 297) y D. (fs. 300).

También valoró las constancias de la causa penal, en las que constan las declaraciones de los referidos testigos P. (fs. 9) y R. (fs. 58), como así la de P. (fs. 27).

Por su parte, estimó también las actuaciones de fs. 12 de dicha causa, en la que se concluyó que el F. K. no presentaba abolladuras o rayones en guardabarros delantero y trasero y puerta del lado izquierdo, dejando establecido que sobre el panel inferior de la puerta izquierda existe una marca presumiblemente de un neumático de bicicleta.

Concluyó de ese modo que la caída de S. se habría producido por la pérdida del equilibrio debido al uso de vestimenta inadecuada y condiciones climáticas.

Indicó que en materia de atribución de responsabilidad, el damnificado tiene la carga de probar el daño y que el mismo se encuentra en relación causal adecuada con el hecho al cual se le atribuye su producción.

Estimó que, tal como quedara trabada la litis, correspondía a la actora probar el hecho dañoso imputable al demandado, esto es el golpe de la puerta del rodado contra su biciclo, y el nexo de éste con el daño padecido.

Concluyó que los elementos tendientes a acreditar el perjuicio reclamado, originados en la conducta ilícita de los demandados, resultaron insuficientes (art. 381, del CPCC).

Impuso costas a la actora vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 391 apeló la sentencia la actora, expresando agravios a fs. 408/414. El mismo fue contestado por la demandada a fs. 416/417.

3.

Se agravia la actora por considerar que el decisorio de autos ha omitido aplicar el art. 1113, 2ª parte, Cód. Civil, el que consagra la teoría del riesgo creado y rige la presunción de responsabilidad del propietario, el que sólo puede eximirse probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Agrega que su parte alegó oportunamente que el vehículo F. K. se encontraba mal estacionado, cuestión que la sentencia ni siquiera mencionó, aseveración que guarda apoyo en las constancias de la causa penal de fs. 31.

Destaca que la posición 2ª formulada por la demandada, constituye una afirmación de los propios dichos de la actora, lo que implica un reconocimiento de los hechos denunciados en la demanda.

Se agravia por considerar que el pronunciamiento no tuvo en cuenta: a) los dichos de la conductora del rodado en sede penal, en tanto manifestó que la actora la embiste con la rueda en la puerta del auto (fs. 51); b) la nota de M. L. ante su aseguradora (fs. 80); c) la declaración testimonial de A. (fs. 292).

Sostiene que de la prueba mencionada surge que se encuentra acreditada la relación de causalidad entre la conducta de la demandada L. y el daño sufrido por la actora y la norma violada del art. 48, ley 24.449, en cuanto a que abrir la puerta izquierda de un vehículo sin tomar las precauciones necesarias para evitar riegos, implica una conducta ilícita en tanto introdujo un obstáculo en el carril de circulación del biciclo.

Por su parte, la sentencia en análisis evaluó la prueba rendida en estas actuaciones. Así citó las declaraciones testimoniales de B. (fs. 290), A. (fs. 292), P. (fs. 294), R. (fs. 295), L. (fs. 297) D. (fs. 300), las constancias de la causa penal (declaraciones testimoniales de P., P. y R.) y el informe de fs. 12 sobre el estado del F. K. tras el evento dañoso.

Tras dicha valoración concluyó que la caída de la actora fue producto de una pérdida del equilibrio debido al uso de vestimenta inadecuada y condiciones climáticas adversas, pero en modo alguno por el golpe de la puerta sobre aquélla, sin que hubiera acreditado la accionante los presupuestos de la responsabilidad civil.

3.1.

Las partes fueron coincidentes en señalar que el rodado F. K. no se encontraba en movimiento, por lo que se trataba de una cosa inerte.

Puso de resalto la actora que la apertura de la puerta la efectuó la demandada dejándola entornada, sin percatarse que con ello provocaría el

accidente de autos. Es más. Hace hincapié en la conducta intempestiva e imprudente del accionado, como causa adecuada y/o eficiente del accidente.

De lo expuesto, deduzco que si bien un automóvil en movimiento es una cosa riesgosa, no así un automóvil estacionado reglamentariamente. Su peligro genérico de daño no es mayor que el de la mayoría de las cosas inertes.

Las cosas inertes no son causas de daño si no presentan alguna anomalía. El actor no ha invocado la existencia de ninguna. Si lo hubiera hecho, debió haberla probado, cosa que no hizo (cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, 22/02/2007, "Ojeda Quintina c/Consorcio de Propietarios Gregorio Aráoz de Lamadrid 522, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2007 -, 44).

En los supuestos de cosas inertes como la presente, la víctima debe justificar el comportamiento o posición anormales. En consecuencia no rige el precepto del art. 1113, 2º párrafo del Cód. Civil (cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, 30/04/2004, "Almirón, Miguel c/Gómez, Sergio y otro", LA LEY 08/04/2005, pág. 7; Prevot, Juan M., Daños y Perjuicios. Jurisprudencia. Parte General, ed. La Ley, Bs. As. 2008, pág. 86, nº 434).

En distinto sentido, la acción inmediata del hombre resultó la causa determinante del daño que produjo la cosa inerte (la apertura de la puerta del automóvil estacionado). Siendo así no resulta aplicable el art. 1113, párr. 2° del Código Civil, sino el art. 1109, de dicho cuerpo legal (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 19/04/2000, "López de Río, María E. c/Registro Nacional de las Personas y otro", LA LEY, 2000-D, 634/635; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Villa María, “Ratti, Fernando Marcelo c. Eduardo Alberto Martos y otra s/ daños y perjuicios”, 18/05/2011, LLC 2011 (octubre) , 1042, AR/JUR/25687/2011).

¿Por qué será importante esta distinción? Porque en la responsabilidad subjetiva, el fundamento axiológico y jurídico de dicha atribución reposa en la idea de la culpabilidad y porque las eximentes que son propias para impedir que aquélla se configure deben ser compatibles y coherentes con dicho fundamento. Si la responsabilidad se asienta en la idea de culpa, la prueba de la ausencia de culpa (o no culpa) debe ser suficiente para provocar la liberación del sindicado como responsable. Dentro de este orden de ideas debe admitirse como eximente la prueba de la falta de culpa (o no culpa), o lo que es igual, de un obrar diligente, esto es, apropiado al objeto de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Dentro de un sistema de responsabilidad subjetiva, basado en la idea de culpa, debe alcanzar al sindicado como responsable, para liberarse, con probar que no hubo culpa. En cambio, en un contexto de responsabilidad objetiva, la prueba de la no culpa es irrelevante, por lo que éste debe ir más lejos aun para romper la presunción que juega en su contra y probar la ruptura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero extraño o de la propia víctima (cfr. Pizarro, Ramón D, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", T° I, p. 55).

En supuestos como los de autos, donde las conductas de ambos protagonistas contribuyeron en la producción del ilícito, la adopción de la teoría de la influencia causal de cada culpa en la producción del evento dañoso no encuentra obstáculo para su aplicación en el sistema legal argentino, en tanto surge de la correlación de los arts. 1109 y 1111, Cód. Civil (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 27.04.98, DJ–1999-1366).

Debo comenzar señalando que el mal estacionamiento del F. K. aducido por la demanda no ha sido probado en autos. De la foto que luce a fs. 31 no surge que el vehículo se encontraba en esa posición momentos previos al hecho. La placa fotográfica fue tomada, según el Suboficial E. diez minutos

después del hecho denunciado (ver constancia de fs. 30), pero nada indica, reitero, que esa fuera la posición anterior al evento; del mismo modo que la bicicleta que luce debajo fue fotografiada en una posición distinta al estado en que se encontraba tras el accidente, y de la que da cuenta la fotografía de fs. 52.

En todo caso, aun cuando así lo hubiera sido, según el relato de la demanda, el supuesto mal estacionamiento era una condición del resultado y no su causa misma. Por ello, considero oportuno distinguir entre condición y causa.

La condición es un antecedente de un resultado, y el derecho no responsabiliza a quien coloca una simple condición del daño, aunque sea necesaria, ya que además debe ser "adecuada" o "idónea" para ocasionarlo. Por tanto, si bien la causa es siempre una condición del daño, no toda condición es causa, a pesar que sea una condición "culpable".

En el caso de autos, el mal estacionamiento al que refiere la demanda constituía una condición puesta por la demandada para el acaecimiento del daño, pero era menester que probara que esa circunstancia, debía ser adecuada para la producción del menoscabo y a mi juicio no logró hacerlo.

Ello así, pues no existen constancias que permitan deducir que tal conducta derivó en el daño que denuncia.

No obstante ello, me adelanto a señalar que la apertura de la puerta, sí, en cambio tuvo incidencia causal en su producción.

La demandada M. P. L. declaró a fs. 51 de la causa penal que el día 26 de agosto de 2002, aproximadamente a las 11,20 hs, tras estacionar su vehículo F. K. sobre la Avda. R. de esta Ciudad, en sentido sur a norte, entre B. y ** d J., acciona el mecanismo de apertura de la puerta (se entiende que la izquierda), quedando ésta apenas desprendida de la carrocería, dejándola entornada junto a ésta, y en ese instante una mujer que venía en bicicleta embiste con la rueda del biciclo dicha puerta. Aclara que su rodado no tuvo

contacto físico con la víctima y que posiblemente ésta se hubiera asustado o resbalado, ya que el pavimento se encontraba mojado.

Por su parte, la constatación policial de fs. 1 / 2 de la causa penal, elaborada en el día del accidente, a los pocos minutos de su acaecimiento, da cuenta que, si bien el rodado no presentaba ningún tipo de daños, el funcionario interviniente observó una marca, presuntamente de rueda de bicicleta, sobre el panel inferior de la puerta izquierda del F. Ese mismo día, el mecánico policial Sub Oficial Mayor P., afirmó mediante informe que luce a fs. 12 de dicha causa penal, haber observado "*sobre el barro que se encontraba en el panel inferior de la puerta izquierda, una marca, presuntamente de un neumático de bicicleta, no observándose abolladura o rayón de ningún tipo*".

De las pruebas mencionadas, surge que entre el biciclo conducido por la actora y el rodado del demandado existió un contacto material y de las demás constancias que citaré más abajo, también surge que ese contacto físico se derivó en un daño. Afirmo, de este modo, que el actor logró probar que, tras la apertura de la puerta izquierda, aunque más no fuere "apenas desprendida de la carrocería", el biciclo colisionó con su neumático delantero el panel inferior de aquélla.

Lo que regularmente sucede cuando el conductor de un rodado procede a la apertura de la puerta izquierda de un rodado (aun cuando lo fuera parcialmente), es que un biciclo que viene detrás -a evidente escasa separación del rodado estacionado, como se verá- lo embista, lo roce, tome contacto de algún modo con dicha puerta, poniendo en riesgo el equilibrio del ciclista. Es un hecho que regularmente acontece tras un juicio elaborado en abstracto.

En tal sentido, la demandada -a la sazón, conductora del rodado- debió tomar los recaudos necesarios para asegurase que ningún vehículo -sea un rodado automotor, una motocicleta o una bicicleta- circulara en su misma dirección desde atrás, de modo tal de provocar, con su conducta, un riesgo

para sí o para terceros. Evidentemente medió un desaprensivo obrar por parte de la emplazada, quien no debió intentar la maniobra de apertura, por mínima que fuera sin antes verificar la ausencia de otros rodados que pudieran circular por el carril contiguo.

La circunstancia de haber procedido a activar el mecanismo de apertura de la puerta, dejándola entornada -como lo reconoce en sede penal-, sin tomar tales precauciones, constituye una falta de previsión que en circunstancias similares una persona razonable debió haber tenido.

Tanto la causalidad como la culpabilidad, como se advierte, se asientan sobre la base de la previsibilidad, sólo que la diferencia entre ambas previsibilidades se aprecian de manera distinta: en la causalidad la previsibilidad se aprecia en abstracto, según la normalidad de las consecuencias del hecho; mientras que en la culpabilidad ella se aprecia en concreto (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", p. 26).

Las partes coinciden en señalar que el F. K. se encontraba estacionado sobre la Avda. R. en sentido sur-norte, entre B. y ** d J. de esta Ciudad, ocasión en que la que la ocupante del rodado, según los dichos de la actora *"pretende descender del mismo, abriendo la puerta izquierda que traba el pedal derecho de la bicicleta, haciendo que éste golpee la puerta del F. K. con la rueda delantera, a la vez que la puerta golpea en el brazo derecho de S., que, trabado su vehículo, es impulsada en el aire cayendo a cuatro metros aproximadamente de dicho lugar en plena calle*".

No he de valorar la declaración testimonial de P. (fs. 51 y 59 de la causa penal y fs. 294 de este proceso), atento las contradicciones en que ha incurrido a lo largo de sus declaraciones. Tampoco valoraré las de P. por cuanto reconoce no haber visto el accidente (fs. 27 de la causa penal y fs. 291 de esta causa). Igual criterio adopto con las de A. (fs. 292) ya que se encontraba a 50 o 60 mts del lugar, dentro de una confitería de la zona, no

resultándome confiable su relato atento la distancia que lo separaba del lugar de los hechos. También he de adoptar igual criterio respecto a las manifestaciones de D. (fs. 300), por no haber presenciado el accidente.

En cambio, resulta esencial valorar las declaraciones del testigo R., quien declaró a fs. 58 de la causa penal y a fs. 295/vta del presente proceso. En ambas declaraciones manifestó no haber visto contacto alguno entre el automóvil y el biciclo, lo que a mi juicio no significa que no haya sucedido tal contacto. No obstante, el reconocimiento hecho por la accionada L. en sede penal alcanza y sobra para tenerlo por acreditado como quedara dicho.

No obstante, y pese a lo expuesto anteriormente, aun cuando no hubiera habido tal contacto, la conducta de la demandada de no asegurarse, previo a abrir la puerta de su rodado, que no había obstáculo para que lo hiciera, no deja de ser culposa, ya que la culpa se basa en la previsibilidad. La demandada omitió, en todo caso, adoptar los "cuidados razonables" exigidos por las normas que regulan la convivencia. Aun cuando hubiera abierto la puerta, sin contacto material, en el mismo momento en que transitaba la bicicleta a su lado, y ello le hubiera significado a la ciclista una pérdida del equilibrio porque se asustó ante la maniobra, no hubiera dejado de significar ello un obrar culposo. Ello así, pues nos encontramos en la órbita de aplicación del art. 512, Cód. Civil, ya que la accionada L. no previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse.

Sí habré de dar especial relevancia a dos circunstancias relatadas por R.: se encontraba lloviznando y ve que, pegado al F. K. cae la actora de su bicicleta. En sentido coincidente, la fotografía superior de fs. 52 da cuenta también de la escasa proximidad de la rueda delantera del biciclo con la carrocería del F., una vez sucedidos los hechos.

Resulta verosímil, entonces, deducir que la puerta entre abierta del F. K. y la escasa distancia de circulación del biciclo respecto de aquel rodado, fueron las causas del accidente.

De modo que, el proceder de la ocupante del vehículo estacionado no impide ponderar también la conducta de la propia damnificada, quien circulaba a bordo de un rodado excesivamente expuesto a sufrir accidentes, en circunstancias que comprometían su estabilidad, lloviznando, con el pavimento húmedo, pegada a los autos ("a la línea de rozamiento", señala R. al contestar la 6ª pregunta de fs. 295/vta) y con los frenos traseros deficientes, tal como informa el mecánico policial a fs. 13 de la causa penal.

No he de soslayar las afirmaciones de R. en cuanto a que la estabilidad de la actora montada en su biciclo se encontraba comprometida, toda vez que afirmó que vestía un camperón, llevaba una cartera cruzada en la espalda y se encontraba "un poquito entrada en peso".

Tampoco omitiré la declaración de la testigo L. (fs. 297) que atendió a la actora luego del accidente y afirmó haberla visto vestida con mucha ropa, un saco largo, una cartera tipo bolso cruzado y con zapatos con tacos. En este último sentido también se expidió el testigo B., quien afirmó que esos tacos eran de 6/7cm de alto (fs. 290), además del reconocimiento efectuado por la propia víctima al contestar la 7ª posición respecto a que en la oportunidad calzaba botas de tacón grueso de 5 cm.

No ha de olvidarse que una bicicleta detenta un alto grado de riesgo, tanto para su conductor como para terceros, al constituir un artefacto que circula mediante dos ruedas en las que el equilibrio, la fragilidad y versatilidad de maniobra y a menudo la imposibilidad de control, hacen que se convierta en una cosa riesgosa o peligrosa cuando circula por calles transitadas (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Romero, Raquel R. c. Colietta, Daniel C. y otros", 04/03/2003, DJ 2003-3 , 188, AR/JUR/1467/2003).

Ambas protagonistas incurrieron en violaciones legales.

De un lado, la demandada L. infringió la norma del art. 39, inc. b), 2ª parte, ley 24.449, en cuanto era su obligación, no afectar la fluidez del tránsito, más allá de haber transgredido la norma genérica que emana del art. 1109, Cód. Civil.

En cuanto a la actora, también violó la normativa de tránsito, ya que el art. 40 bis, le exige indispensablemente a quien la conduce un sistema de rodamiento, dirección y freno permanente y eficaz; (inc. a), que no use ropa suelta (inc. b) , y utilice calzado que se afirme con seguridad a los pedales (inc. d).

La culpa consiste siempre, en todos los casos, en una omisión: la omisión de diligencia exigible, según las circunstancias de tiempo, lugar y personas. Quien circula como lo hacía la actora en oportunidad del evento dañoso no podía ignorar que sus condiciones de estabilidad sobre la bicicleta eran sumamente precarias; debió ser conciente de su propia fragilidad y contribuir con su prudencia al ordenamiento del tránsito, evitando resultar dañada.

Circular en su biciclo tal como lo hizo configuró culpa de su parte que exonera parcialmente a la de la demandada. Ello así, pues la víctima contribuyó a su propio daño, debiendo graduarse su culpa en su justa incidencia.

En el caso de autos, tanto la culpa de la demandada como la de la víctima de autos, como sus respectivos hechos antijurídicos comprometieron su responsabilidad en la medida de su incidencia causal.

Por tal razón, considero que se torna aplicable el art. 1111, Cód. Civil en cuanto la conducta de la actora ha tenido incidencia causal en el resultado dañoso, y debe en consecuencia liberarse parcialmente a la demandada de su propia responsabilidad.

Lo que interesa establecer entonces es en qué intensidad el desacierto de la actora contribuyó a producir el daño, ya que ambas han tenido responsabilidad en el hecho.

Es decir, estamos en presencia de un supuesto de cocausación; ambas partes han puesto de su parte la causa del daño. De un lado, la demandada entreabrió la puerta de su rodado sin advertir la presencia de la actora montando su biciclo en el carril contiguo; del otro, la accionante, circulando en bicicleta en día de llovizna, con el pavimento mojado, muy abrigada, con un camperón o saco largo, "un poquito entrada en peso", con una cartera cruzada en su espalda, circulando muy cerca del auto estacionado de L.

La causalidad de la culpa de la víctima, debe desde luego ajustarse a la gravedad de su propia culpa, por lo que debe atribuirse a la conducta de la demandada un 40% de incidencia causal en el hecho y un 60%, a la de la participación de la actora (arts. 1111, Cód. Civil).

En esa misma graduación habré de atribuir la responsabilidad de M. C. L., en su calidad de titular de dominio del rodado F. K., conforme las constancias de fs. 16/vta y 166/167 de la presente causa (art. 1113, 2ª parte, Cód. Civil).

4.

Corresponde de ese modo el análisis de los reclamos resarcitorios formulados por la actora. Solicita se la indemnice por los daños y perjuicios sufridos en los siguientes rubros: daño moral, daño estético, lucro cesante, incapacidad, y pérdida de chance.

Una razón metodológica me impone la obligación de alterar el orden de los pedidos, los que aprecio seguidamente.

4.1.

El ordenamiento jurídico positivo argentino contempla dos anaqueles del daño: el patrimonial y el extrapatrimonial.

Al momento del accidente, relata la actora, prestaba servicios en el Centro de Salud Dr. Pozzi, Anexo Hospital Subzonal de Puerto Madryn desempeñándose como cuidadora domiciliaria, percibiendo un ingreso de $ 500. Después del accidente, asegura, no volvió a su trabajo y no lo hará en el futuro. Solicita que se indemnice, además de su incapacidad, el lucro cesante equivalente a nueve años más aguinaldo y vacaciones.

El lucro cesante está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir. Tiene un grado menos de certeza que el daño emergente, pero uno más que la pérdida de chance. Su procedencia requiere una alta probabilidad, a diferencia de la pérdida de chance que requiere de una probabilidad comprobable y el daño emergente que requiere, lisa y llanamente, de certeza de su existencia y cuantía. El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. Este daño no se presume y quien efectúe el reclamo debe aportar los elementos de prueba que acrediten fehacientemente su existencia, cuando las ganancias frustradas debían ser logradas por el perjudicado con suficiente probabilidad de no haber ocurrido el hecho (cfr. López Mesa, Marcelo J, "Tratado de la Responsabilidad Civil", T° II, p. 106).

La actora no ha acreditado el lucro cesante reclamado.

El informe de fs. 180 da cuenta que la actora nunca perteneció al Centro Pozzi, y la testigo B. de fs. 296 no hace mención en ningún momento de su declaración a que la actora desarrollara alguna actividad lucrativa al momento del accidente.

Ninguna otra prueba luce en autos que acredite la configuración de tal lucro cesante, por lo que me adelanto a señalar que dicho rubro, como integrante de la parcela de daño patrimonial, debe ser desestimado.

Reclama también por la "pérdida de chance", incluyendo en ese contexto a la vida social de la actora, la que se verá privada de llevar en plenitud a consecuencia de su incapacidad.

Ya adelanté que la pérdida de chance se encuentra en un nivel más bajo que el lucro cesante. Se trata de un perjuicio "intermedio" entre el resultado final y la ausencia de relación de causalidad.

La expresión "pérdida de chance" comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (cfr. López Mesa, op. cit, p. 117). Tal concepto no responde a lo reclamado por el actor en este rubro. Por tal razón, he de desestimarlo, sin perjuicio que los aspectos de la vida de relación afectados habré de tratarlos en oportunidad de analizar el "daño moral".

La enumeración contenida en el art. 1086, Cód. Civil no debe juzgarse como estricta y a ella debe sumarse como rubro indemnizable la disminución transitoria o definitiva de la capacidad laboral de la víctima. Desde el caso "Luján" en adelante, ha quedado claro que "no obstante lo que parece desprenderse del texto literal del art. 1086, Cód. Civil, en el que *prima facie* sólo tendrían cabida en concepto de indemnización los gastos de curación y convalecencia y el lucro cesante, cabe interpretar que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser reparada al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" (cfr. CSJN, 05.08.86, DT on line).

Desde esta perspectiva analizaré el rubro y para ello habré de estar a las constancias de la historia clínica adunadas a fs. 64/85 de la causa penal y la pericia médica de fs. 199/208 y 268/269 del presente proceso.

No tengo razones para apartarme de las conclusiones periciales. Máxime, teniendo en cuenta que ha sido elaborada por un profesional médico, cuyas conclusiones científicas no han sido observadas por las partes (el pedido de explicaciones de fs. 211 ha tenido por objeto, según da cuenta, de brindar mayores y mejores argumentos para la determinación de la indemnización).

La labor pericial da cuenta que la actora sufrió (conforme informe del hospital local) fractura subtroncantérea de cadera con tercer fragmento medial que incluye trocanter.

Juzgo que la caída de la actora de su bicicleta guardó conexión causal adecuada con su fractura de cadera, atento la declaración testimonial de Redondo ya analizada y de la constancia de la historia clínica de fs. 67 agregada en la causa penal.

Al momento del examen, su miembro inferior izquierdo presentaba la fuerza muscular disminuida respecto de la contralateral, el arco funcional flexor de la rodilla derecha iba de 0° a 140°, mientras que el arco funcional flexor de la rodilla izquierda transcurría de 0° a 130°. La articulación coxo femoral izquierda presentaba arco de flexión de 0° a 60°, de extensión de 0° a 40°, de abeducción de 0° a 30°, de adducción de 0° a 40°, de rotación interna de 0° a 30° y de rotación externa de 0° a 30°. Presentaba una cicatriz quirúrgica normal localizada en el muslo izquierdo con improntas de puntos quirúrgicos de 22 cm. por 12 cm. (34 cm lineales) y 2 cm de ancho (62 cm2).

Observa el médico además en Rx de fémur la consolidación ósea de las lesiones femorales sometidas a osteosíntesis con placa endomedular y tornillos.

En la cadera presentaba signos de oestosíntesis a nivel del cuello femoral, de exostosis y trama oesteopénica (descalcificación ósea).

En el fémur presentaba signos de oesteosíntesis hasta tercio medio de diáfisis, con signos de exostosis y trama oesteopénica (descalcificación ósea).

Presentaba la actora una marcha disbásica leve con sensación de claudicación y actitud en rotación interna del miembro inferior izquierdo.

Concluyó en una incapacidad parcial, permanente, definitiva del 13,50%.

Esta incapacidad fue recalculada por el experto en ocasión de brindar las explicaciones solicitadas por la parte actora (fs. 268/269), en tanto incluyó la lesión estética que padece como consecuencia de las marcas de la sutura quirúrgica que presenta en su muslo izquierdo, que le genera incapacidad específica en el muslo izquierdo, en la articulación de la rodilla izquierda con dificultad intermedia para realizar sus tareas habituales, ponderando la edad de la actora al momento del examen (56 años).

De acuerdo a las conclusiones periciales, la lesión estética por la que se reclama no comprende sólo el detrimento a la belleza o venustez. Incluye por lo analizado un menoscabo a la aptitud funcional de los órganos o miembros de la víctima.

Por tal razón, lo valoro en este rubro ya que afecta su vida laborativa y el normal desenvolvimiento de su vida de relación.

De tal modo que, para indemnizar el presente rubro he tenido en cuenta el daño físico y su consecuente incapacidad, dentro de la que se incluye al rubro “daño estético” mencionado, sobre la base del 21,55% de incapacidad parcial, permanente y definitiva de la total obrera.

Si bien no se ha acreditado en autos que la actora realizara actividad lucrativa alguna, no puedo soslayar que la incapacidad que le generó el evento dañoso ha influido en las tareas propias del hogar de cualquier

mujer de 51 años al momento del accidente. En el mismo sentido concluyo en la incidencia en su vida de relación.

Anticipo mi criterio en el sentido que no soy partidario de ceñirme a ninguna fórmula matemática para la cuantificación de daños más allá que sea de práctica en algunos Tribunales. Ninguna norma legal me obliga a ello, razón por la cual habré de ceñirme a lo dispuesto en el art. 167, última parte del CPCC.

Por tal razón, teniendo en cuenta la orfandad probatoria en este aspecto, pero atendiendo estas últimas circunstancias apuntadas, ha de ponderarse la indemnización por este anaquel indemnizatorio en la suma de pesos cuarenta y seis mil ($ 46.000). Teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad fijada en las consideraciones anteriores, el presente rubro prosperará por la suma de pesos dieciocho mil cuatrocientos ($ 18.400), con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho (26.08.2002) hasta su efectivo pago.

5.2.

Reclama la actora por el daño moral que le ha provocado el siniestro del que fuera víctima.

Vale señalar que, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la determinación del monto indemnizatorio por daño moral no requiere prueba de su entidad. Ello así, pues, se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, es decir, que se trata de una prueba "*in re ipsa*" que surge de los hechos mismos.

Se ha dicho que el daño moral no se mide únicamente por las diversas lesiones que presente la víctima del siniestro ocurrido, sino que significa el quebrantamiento espiritual, el que se traduce en vivencias personales del afectado de difícil determinación, por cuanto el juzgador carece de elementos para analizar cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, en

suma, la cantidad que se fija en este concepto queda librada más que en cualquier otro rubro, a la interpretación que hace el sentenciante a la luz de las constancias aportadas en la causa (Cámara Nacional de Apelaciones, Sala A, 18.04.96, “Ontiveros”).

En esa línea de ideas he ponderado que la víctima, tras el accidente, debió ser trasladada al hospital local y fue intervenida quirúrgicamente, con los consiguientes cuidados post operatorios, padecimientos e incertidumbre, a consecuencia de lo cual, a cuatro años del accidente presentaba marcha disbásica leve con sensación de claudicación y actitud en rotación interna del miembro inferior izquierdo.

También tendré en cuenta las expresiones de la pericia psicológica de fs. 360/ 362, acerca de sus vivencias sobre la amenaza de muerte que significó el accidente, su ansiedad y depresión, el sentimiento de vergüenza de exhibirse en la playa, sus dificultades para valerse por sí misma en los tiempos posteriores a su intervención quirúrgica, viéndose impedida para las tareas de la vida cotidiana y su edad al momento del hecho.

Por tales razones juzgo prudente fijar la indemnización por este rubro en la suma de pesos veinte mil ($ 20.000), que en la atribución de responsabilidad establecida se determinan en la suma de condena de pesos ocho mil ($ 8.000) con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho, hasta su efectivo pago (art. 167, última parte del CPCC).

6.

En suma, considero que la demanda debe prosperar parcialmente, distribuyendo la atribución de responsabilidad en el 60% a la actora y en el 40% a la demandada, debiendo admitírsela por la suma de condena de pesos veintiséis mil cuatrocientos ($ 26.400) con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho, hasta su efectivo pago (art. 167, última parte del CPCC).

7.

Las costas y honorarios de la Instancia anterior deben ser readecuados en los términos del art. 282, del CPCC.

Con respecto a las costas del proceso, deben ser distribuidos en proporción a su responsabilidad en el presente pleito: los demandados correrán con el pago del 40% de las costas y la actora con el 60% de ellas (art. 72, del CPCC).

Los honorarios profesionales, en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, deben ser fijados de la siguiente manera: a) los de los Dres. J. C. G. y J. L. S., por su actuación hasta fs. 38, en el 9% en conjunto del monto que en definitiva resulte; b) los del Dr. G. L. en el 4% del monto que en definitiva resulte; c) los de los Dres. V. A. F. y S. L. F. en el 5% en su conjunto del monto que en definitiva resulte; d) los del Dr. L. A. N., por su actuación letrada de fs. 44/47, con los límites impuestos por el art. 10 de la ley de aranceles profesionales, en el 11,5% del monto que en definitiva resulte; e) los del perito médico Dr. V. E. R. en el 4% del monto que en definitiva resulte; f) los de la Lic. M. A.M. V., en el 2% del monto que en definitiva resulte. Todo ello con más I.V.A, si correspondiere (arts. 5, 6, 7, 9, 10, 38 y cc, ley arancelaria). La base regulatoria para la totalidad de los honorarios precedentemente regulados será el monto total de la indemnización de pesos sesenta y seis mil ($ 66.000) con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho, hasta su efectivo pago.

8.

Las costas de la presente Instancia deberá ser soportadas por cada parte en su medida, es decir, la actora en el 60% y la demandada en el 40% (art. 72, del CPCC).

En consecuencia, en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, de los Dres. V. A. F., G. L., en su conjunto, en el 26% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior; y los del Dr. L. A. N., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **NEGATIVA**

1 – <u>Antecedentes – Sentencia – Agravios</u>

En el voto precedente el Sr. Juez Dr. Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte actora como fundamentación del recurso que le ha sido concedido.

2 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>

2.1 – <u>Daño "con" la cosa o "por" la cosa. Norma aplicable</u>

Agravia a la parte actora el rechazo de la demanda decidido por la sentencia en crisis. Afirma que la exclusiva responsabilidad en el evento ha sido de la parte demandada (la usuaria y el propietario del automotor).

Estamos aquí ante un accidente de tránsito que fue protagonizado por un automóvil estacionado en la vía pública y una bicicleta que venía circulando en el mismo sentido en el que estaba detenido el automotor.

Según la queja, corresponde aplicar en el caso la norma del art. 1113, 2° párrafo, del Cód. Civil, rigiendo la presunción de responsabilidad.

Como sostienen Trigo Represas y López Mesa, si nos atenemos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna es en sí misma peligrosa o

inofensiva, son o no son peligrosas según las circunstancias del caso. Un fusil descargado o un automóvil estacionado no son peligrosos, aunque pudieran serlo y mucho, si el fusil estuviese cargado o el automóvil en marcha o a elevada velocidad; y a la inversa, cosas que no revisten ninguna peligrosidad especial y que parecen completamente inofensivas, como una silla o un tiesto de flores, son susceptibles de causar daño, si la primera está rota sin parecerlo y se vence al sentarse alguien en ella, o si la maceta a sido puesta en un balcón de tal forma que pueda caer a la vereda y lesionar algún transeúnte (conf. TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. III, pág. 308, Ed. La Ley).

Tengo para mí que, en este caso, no es posible tratar la cuestión considerando que estamos ante un accidente causado por el riesgo de la cosa. Es cierto -y está reconocido por las partes- que en el mismo participó un automóvil que estaba detenido (estacionado) y una bicicleta que venía circulando, conducida por la actora. Pero esta situación no es lo misma que se presenta cuando se trata de un siniestro provocado por dos vehículos que están en movimiento. Me adelanto a afirmar que hubo aquí intervención de "cosas" en el resultado dañoso, pero el accidente no ocurrió "por el riesgo o vicio de la cosa" (art. 1113 C.Civ.).

Es por ello que a los efectos de calibrar los riesgos y su incidencia causal, es indispensable realizar un análisis cuidadoso de la mecánica del accidente. En este caso y tomando el automotor de la demandada, el mismo no puede catalogarse como un factor de riesgo que compromete -sin distinción alguna-, la responsabilidad objetiva del titular de dicho elemento y/o de su usuario. Y ello es así porque las cosas inertes entrañan un riesgo cuando ostentan una posición anormal o una condición inadecuada.

Si el vehículo estaba estacionado sobre una avenida, la "cosa" misma carece de la virtualidad jurídica como para erigirse en la causa eficiente o determinante del accidente.

Es que el riesgo de la cosa compromete la responsabilidad del dueño o del guardián, cuando la cosa tiene un papel protagónico, cuando el efecto dañoso es la consecuencia directa y hasta necesaria del riesgo ínsito en la cosa misma. Si un caño se rompe, el agua se desborda e inunda un departamento contiguo, o situado en el piso inferior, el agua adquiere el carácter de cosa riesgosa, o, en otras palabras, es el riesgo de la cosa, -el agua-, la causa de los daños.

Nada de esto ocurrió en el caso que nos convoca, y de allí que el Dr. Vivas haya dicho en el voto precedente que no rige en el caso el precepto del art. 1113, 2° párrafo del Cód. Civil, lo cual -por lo hasta aquí dicho- comparto.

Corresponde tener en cuenta que cuando el daño se provoca por el hecho del hombre con la cosa, la presunción de culpa instaurada contra el dueño o guardián, puede ser salvada con la prueba de que en realidad no existió tal culpa de su parte, de que se comportó con la diligencia y prudencia adecuadas para evitar el daño (conf. CAZEAUX–TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", 2ª. ed., T. IV, pág. 684).

Dice sobre este tema Bianchi, que quien lea sin preconceptos la expresión daños causados con las cosas advertirá de entrada que la cosa desempeña una función de medio, instrumental en manos de quien causa el daño. La frase induce fatalmente a buscar un *quien*, un *alguien* que se haya servido de la cosa, que de un modo u otro la haya usado dentro del proceso causal que termina en el daño. En cambio, la locución daño causado por el riego o vicio de la cosa tiene un efecto exactamente opuesto, no lleva a buscar detrás de la cosa un quien, un alguien, sino que imputa la causalidad del daño, descubre su génesis, en las propias características de la cosa, pues es su virtualidad dañosa la que produce el evento (conf. BIANCHI, E.T., "Daños "por el hecho del hombre" y "por el hecho de la cosa", JA, 20-1973-268; cit. CONDE-SUAREZ, "Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito", T.1, pág. 198). Es muy claro, entonces, que los daños obrados con

las cosas -en este caso, los que se provocaron con el vehículo de la demandada que estaba estacionado- son el resultado de hechos del hombre, en cambio, si se hubiese tratado de daños producidos por las cosas de que alguien se sirve o por el riesgo o vicio de dichas cosas, los mismos son derivados del hecho de las cosas.

Lo expuesto me conduce a concluir que el caso se enmarca en el ámbito del art. 1109 del Cód. Civil y ello así porque en el evento dañoso ha participado la codemandada M. P. L. mediante una actuación directa de su persona, ocupando la cosa con la que impacta la actora (puerta del automotor) un papel meramente instrumental y no causal en el suceso. La referida codemandada es la que somete a su entera voluntad el designio, la participación de la cosa. La situación se equipara al daño causado por el peatón que manipula un bastón o el niño que tira una piedra, es decir, todos aquellos casos en donde la cosa, en tanto manejada y gobernada enteramente por el agente que interviene en el hecho perjudicial, actúa pasivamente en el suceso, resultando tales casos alcanzados por el art. 1109 del Cód. Civil.

2.2 – <u>La responsabilidad</u>

Habiendo quedado en claro cuál es la normativa aplicable en el caso, corresponde analizar ahora quién o quiénes han sido los responsables en la producción del evento dañoso.

He de adelantar que no consideraré relevante la cuestión relativa al mal estacionamiento del vehículo de la demandada dado que ninguna prueba concreta se ha producido en el proceso, conforme lo ha remarcado el Dr. Vivas en su voto.

En el análisis de las pruebas obrantes en autos, tengo a la vista la Causa Penal instruida como consecuencia del accidente y en ella, al prestar declaración la codemandada M. P. L. y en lo que aquí interesa dijo: "*…yo*

*transitaba por la Avenida R. de sur a norte y entre las calles B. y ** de J. pongo las balizas para indicar la maniobra de estacionamiento, miro hacia atrás para ver si venía algún vehículo, como no venía nadie estaciono, apago las balizas, miro nuevamente hacia atrás,* ***acciono el mecanismo de apertura de la puerta quedando esta apenas desprendida de la carrocería, dejándola entornada junto a esta, y en ese instante una mujer que venía en bicicleta me embiste la puerta del auto con la rueda…"*** (resaltado me pertenece) *"…Que lo que desea aclarar que el auto de la declarante no tuvo ningún contacto físico con la persona, que posiblemente esta mujer se halla asustado, o bien se halla resbalado ya que el pavimento estaba mojado…"* (fs. 51/y vta.).

De las referidas actuaciones penales, surge de la primera actuación (Constatación Policial) y en lo que aquí interesa, lo siguiente: *"…El rodado involucrado en el siniestro es un F., modelo KA, año ****, color violeta, dominio colocado ###-***, que se encuentra estacionado en la Avenida J. A. R… el citado rodado no presenta ningún tipo de daño, dejando constancia que solo se observa una marca, presuntamente de rueda de bicicleta, sobre el panel inferior de la puerta izquierda…"* (fs. 1 vta.).

Con el reconocimiento que ha hecho en las actuaciones Penales la codemandada L. sobre la mecánica del accidente, corresponde tener por acreditado tanto la apertura de la puerta del automóvil como el impacto de la bicicleta de la actora contra la misma, sin perjuicio del resultado de la constatación policial ya transcripto supra.

Es sabido que todo conductor de un automotor debe extremar sus precauciones para evitar accidentes y tiene la obligación no sólo de observar los reglamentos del tránsito sino de extremar la prudencia en sus conductas a fin de evitar situaciones peligrosas, aplicándose estos principios no solo para los casos en los que los vehículos están circulando sino también, como en este caso, cuando están detenidos y su conductor abre una de las puertas con la intención de bajar en una céntrica avenida

con intenso tránsito vehicular. Es por ello que se ha decidido que en tales casos deben responder por la más leve culpa en el cumplimiento de sus deberes.

Resulta para mí más que clara la imprudencia exhibida por la ocupante del automotor al abrir una de las puertas del mismo sin tomar los debidos recaudos para cerciorarse previamente que podía llevar a cabo tal cometido sin provocar ninguna alteración en la circulación vehicular sobre la avenida y sin que con ello pudiese dañar a un tercero. La circunstancia es más grave si se tiene en cuenta que el hecho ocurrió sobre la principal avenida de la ciudad de Puerto Madryn aproximadamente a las 11,30 hs.

A lo dicho se le suma que la LNT impone como deber a los conductores no crear riesgo ni *"afectar la fluidez del tránsito"* (art. 39, inc. b), como también la prohibición de *"estorbar u obstaculizar de cualquier forma la calzada"* (art. 48, inc. t).

El sistema de determinación de la culpa que establece el Cód. Civil en los arts. 512 y 509, adopta el régimen de la culpa en concreto, en razón de lo cual la interpretación de una conducta reprochable deberá ser el resultado de una comparación entre lo obrado por el autor del hecho y lo que habría debido obrar para actuar correctamente, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las circunstancias de tiempo y lugar y la prudencia y conocimiento de las cosas que hacían a su condición de cosa productora o fuente de riesgo y su inobservancia da nacimiento a la responsabilidad por insertarse en la relación de causalidad con la consecuencia producida. Tal concepción sustenta la postura que nos dice que el menosprecio consciente de la prudencia da origen al resarcimiento del perjudicado, desde que la idea de reproche que deriva de la falta de precaución debe adecuarse a las circunstancias y a mayor dificultad y peligro, mayor la exigencia de actuar con precaución y pleno dominio sobre las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado.

Por todo lo hasta aquí explicado corresponde concluir que la conducta de la codemandada L. ha sido reprochable ya que no actuó conforme lo exigían las circunstancias de tiempo, lugar y la prudencia del caso. Y ello así porque la culpa consiste en un error de conducta que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada por tener en cuenta las eventuales desgracias que pueden derivarse para otros. En este caso, la demandada no actuó como una persona prudente y cuidadosa ya que, de así haber sido, es muy posible que el accidente no hubiera acaecido. Por otra parte, el ejercicio de una real prudencia consiste no sólo en el propio cuidado por parte del conductor, sino también en la atención de cualquier eventualidad posible de ocurrir, incluso la misma negligencia en que puede incurrir un tercero (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "Ibrahim, R. c/ Barusso, M.H. y Otros s/ D. y Perj.", 24/03/79).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, que la culpa no sólo emerge de una conducta imprudente, sino también de una omisión negligente (art. 512, Cód.Civ.), en atención a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, de resultas de la cual pueda ocasionarse un daño (arts. 1067, 1068, 1169 y sigs. Cód.Civ.) y que debe presumirse la culpa del conductor del vehículo que con su accionar altera el desarrollo normal del tránsito y como consecuencia de ella se produce el accidente, es que corresponde considerar responsable a la codemandada M. P. L. en la producción del accidente motivo de este proceso.

Sin perjuicio de la responsabilidad que ha tenido la Srta. L., cabe preguntarse si la conducta de la víctima no tuvo o pudo llegar a tener alguna incidencia en el resultado dañoso. Estoy convencido de que, en el caso, el accionar de la víctima tuvo también relación con las consecuencias dañosas.

Las particularidades del caso revelan que el accidente no fue ocasionado ni fue consecuencia directa y exclusiva del accionar de la codemandada L.

sino que, además, fue la propia conducta de la actora la que contribuyó a provocar su propio daño al estar circulando en bicicleta sobre la Avda. R. en pleno centro de la ciudad en una forma que estaba claramente desaconsejada para la ocasión (arg. art. 1111 Cód. Civ.).

En efecto, surge de autos que estaba lloviznando, por lo que el pavimento estaba mojado, los frenos traseros de su móvil estaban en estado deficiente (conf. informe mecánico de fs. 13 de la Causa Penal), *"…circulaba pegada a la línea de rozamiento de los autos, pegada a los autos…"* (conf. testigo R., fs. 295 vta.), estaba vestida con mucha ropa, con un saco largo, una cartera tipo bolso cruzado y con zapatos con tacos (conf. testigo L., fs. 297), tenía calzado con tacos de 6/7 cm. de alto (conf. testigo B., fs. 290) y la misma actora admitió al absolver posiciones (7ª.) que en el momento del hecho tenía botas de tacón grueso de 5 cmts.

Es sabido que si bien la bicicleta no es un automotor, tampoco es un peatón, y por sus características quien la conduce puede a veces no dominarla, ya que la velocidad influye en su equilibrio. O sea, es claro que el ciclista también crea un riesgo al conducir un rodado de esta especie, por lo tanto debe acreditar idoneidad personal, condiciones de seguridad y someterse estrictamente al cumplimiento de las disposiciones de tránsito (conf. CNCiv., Sala B, 07/12/89, JA, 1990-III-201).

La bicicleta es un vehículo y, como tal, debe ser utilizada con la prudencia que las circunstancias exigen, pues en ese sentido no cabe diferenciarla de otros vehículos, ya que potencialmente, todos los vehículos pueden ser generadores de riesgo, cuya mayor o menor medida dependerá de las circunstancias, cuya mayor o menor consecuencia dañosa también dependerá de ello, de manera que todos los conductores, en materia de tránsito deben observar las conductas que exige la ley específica en la materia (conf. Cám. 1ª.Civ.Com. La Plata, Sala II, 12/03/91, C. 207.542, RS 21/91, Juba B150341).

Además de lo expuesto y de las constancias de autos surge con nitidez la violación por parte de la actora de los *"requisitos para circular con bicicletas"* que contiene el art. 40 bis de la LNT, fundamentalmente en sus incisos a) y d), a lo que corresponde agregar que la ciclista no mantuvo sobre el rodado que conducía el absoluto dominio del mismo, es decir, no se encontraba en condiciones de superar con eficacia (es decir, sin agravios para sí ni para terceros), las consecuencias que sobrevinieran en el desarrollo de la tarea conductiva tanto las normales cuanto las que no lo son, incluidas las que no lo son nada.

En el caso en tratamiento la actora omitió realizar las diligencias que eran exigibles para la conducción de su bicicleta en el centro de la ciudad de Puerto Madryn y debió saber qué reglas debía cumplimentar para evitar dañarse. Quiere decir que nos encontramos ante un claro desacierto que perjudicó a quien lo cometió ante el incumplimiento del comportamiento exigible que hubiera conducido a evitar el daño propio.

Vemos que la víctima con su actitud ha asumido un riesgo, al menos ha debido representárselo y, en consecuencia, puede sostenerse que lo ha aceptado (conf. CNCiv., Sala G, 16/05/2001, LL 2001-F-67). Es que el hábito indebido que respondió a un obrar negligente o imprudente, que culminó con la concreción de un daño del cual fue víctima la reclamante, no es otra cosa que una conducta que configuró la culpa de éste.

De lo expuesto surge inevitable la conclusión de que no corresponde responsabilizar exclusivamente a la demandada por las consecuencias sufridas por la actora dado que ésta también contribuyó a causar su propio daño (conf. art. 1111 Cód.Civil).

La conclusión del punto bajo análisis y compartiendo los fundamentos expuestos sobre el particular por el Dr. Vivas en su voto precedente, me conduce a distribuir la responsabilidad por el accidente motivo de este proceso en un 60% a la parte actora (art. 1111 Cód.Civ.) y en un 40% a la

codemandada M. P. L. Con respecto al codemandado M. C. L. y dado su carácter de titular dominial del automóvil F. KA que participara en el hecho dañoso, corresponde imputarle también un 40% de responsabilidad en el evento (conf. art. 1113, 2ª. parte, Cód.Civ.).

Así lo voto.

2.3 – <u>Daños indemnizables reclamados</u>

A – <u>Lucro Cesante</u>

La actora ha dicho al demandar que trabajaba como cuidadora domiciliaria, que por dicha actividad tenía un ingreso mensual de aproximadamente $ 500.- mensuales y que estos ingresos se verán absolutamente frustrados desde el día del accidente por tener una incapacidad del 100%. Es por ello que reclama por "lucro cesante" la carencia de los referidos ingresos hasta los 60 años de edad.

La reclamante ofreció como prueba informativa un oficio al Hospital de Puerto Madryn para que informe si la misma prestó servicios como cuidadora en el Centro de Salud Dr. Pozzi. La respuesta que dio el Hospital fue que *"…La Sra. M. N. S., nunca perteneció al Centro P…"* (fs. 180) y no hay ninguna probanza producida en autos que acredite la actividad remunerada que ha referido la parte actora.

El Código Civil define el "lucro cesante" como *"la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito"* y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial, al lado del "perjuicio efectivamente sufrido" o daño emergente (art. 1069).

Con relación específica al supuesto de lesión a la integridad personal, el art. 1086 dispone que la indemnización comprende *"todas las ganancias que éste* (el ofendido) *dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento"*.

Debió advertir la reclamante que el cálculo de los daños y perjuicios en base al "lucro cesante" no puede efectuarse en base a meras expectativas o a sus

simples ocurrencias sino que debe guardar estrecha relación con las pautas de realidad en cuanto al perjuicio efectivamente causado.

Es por ello que no existe ninguna duda acerca de que el lucro cesante, para ser admitido, requiere una prueba concreta de las pérdidas experimentadas o, por lo menos, el aporte de datos que permitan presumirlas de un modo fidedigno (conf. CNCiv., Sala F, 29/02/72, LL, 153-458, S-31.238), de allí que su configuración requiere, como principio, la prueba categórica y fehaciente de las ganancias dejadas de percibir por el damnificado.

Ninguna prueba se produjo en autos para demostrar que la actora tuvo alguna pérdida de ingresos o de ganancias como consecuencia del accidente sufrido y de allí que corresponde rechazar la pretensión indemnizatoria por este rubro.

El reclamo que hace la actora, en base al cálculo que ella misma explica, no tiene ningún asidero ni fundamentación jurídica y ante la orfandad probatoria que surge del trámite del proceso, corresponde su rechazo (art. 381 CPCC).

B – <u>Pérdida de chance</u>

Se dice en la demanda que la actora ha perdido su capacidad de elección de las más diversas actividades humanas, estando comprendidas no solo las que hacen a su vida de relación afectiva sino también las laborales, culturales y deportivas. Ello afecta –dice— en todo sentido la vida en plenitud con su natural capacidad de opción y sus posibilidades de progreso humano. Por esta razón reclama una indemnización por "pérdida de chance" (conf. fs. 7 vta.).

Se habla de "*chance*" cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio

resarcible. Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo.

Interesa remarcar que la “chance” jurídicamente reconocible no es la que se apoya en meros “castillos en el aire” o en simples “sueños de ganancia”, puesto que existía ya alguna situación fáctica o jurídica que creaba la razonable aspiración o expectativa. En otros términos, para la resarcibilidad de la “chance” perdida es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado; es decir, se descarta la indemnización de las meras conjeturas, de débiles posibilidades que no son más que eso y no revisten una intensidad suficiente como para erigirse en probabilidad.

Atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de “chances”, para que proceda la reparación es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad sino, en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad y aunque su proyección sea futura, no sea meramente eventual o hipotética (conf. SCMendoza, Sala 2ª., 31/10/79, JA, 1980-I-197; ZAVALA de GONZALEZ, M., “Daños a las Personas”, T. 2 a, págs.. 373 y sigs.).

En el caso en tratamiento, ninguna probanza fue incorporada por la reclamante para acreditar la existencia de causales imputables al accidente que le ocasionara alguna imposibilidad, frustración o pérdida que amerite ser indemnizada por el rubro que reclama. No hay ninguna prueba que avale el reclamo. Por lo demás, si la posibilidad es muy general y vaga, ella no es indemnizable ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético.

Por lo expuesto, el reclamo debe rechazarse.

C – <u>Incapacidad</u>

No obstante el texto del art. 1086, cabe interpretar que, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable. Si las lesiones físicas se han proyectado negativamente y de ellas se deriva una incapacidad sobreviniente, corresponde considerar integralmente todas las circunstancias fácticas del caso, a los efectos de fijar una indemnización que abarque todos los aspectos y no desdoblar el daño físico de la incapacidad sobreviniente, pues ambos se superponen (conf. Cám.2ª.C.C.La Plata, Sala 1ª., 28/03/95, "Cognetti", AP 14/38956).

Teniendo en cuenta lo expuesto, he de compartir con el Dr. Vivas que debemos tener presente las constancias de la Historia Clínica (fs. 64/85 de la Causa Penal) y las conclusiones del dictamen pericial médico practicado en autos (fs. 199/208 y 268/269).

Con respecto a la pericia médica, corresponde respetarla en su contenido atento su rigor científico y la carencia de observaciones emanadas de las partes. Tampoco encuentro motivos válidos para apartarme de ella.

La descripción de las consecuencias físicas que el accidente tuvo para la parte actora surge con claridad y en detalle del voto precedente del Dr. Vivas, por lo que resulta innecesario reiterarlo aquí. He de tener en cuenta a todo lo descripto que el experto médico ha determinado la existencia de una "lesión estética" y un porcentual de incapacidad parcial, permanente y definitiva del 21,55% que comprende la referida lesión.

Es sabido que no hay una necesaria relación entre la magnitud de las lesiones y las repercusiones económicas (daño patrimonial) que acarrean. Es así que una lesión muy grave puede producir un reducido perjuicio material, en caso de que la víctima hubiese llegado a una edad en la que ha había sufrido la pérdida de sus aptitudes productivas. Por otra parte,

lesiones similares pueden aparejar desmedros pecuniarios diferentes, según la clase de tareas que desempeñe la víctima y demás circunstancias personales.

En el Derecho de daños interesa, más que la clasificación “de las lesiones” en leves, graves y gravísimas, la captación “del efecto lesivo”. De tal modo, distinguir si aquéllas producen incapacidad absoluta o bien parcial y, en este último caso, su porcentual e incidencia de la productividad y espiritualidad del lesionado; igualmente, la situación de “grandes inválidos”, que quedan inexorablemente dependientes de la asistencia ajena hasta para actos básicos elementales.

Son pautas esenciales de valuación la mayor o menor gravedad de la incapacidad (un porcentaje sobre la total) y su extensión en el tiempo: permanente o temporaria. También procederá valorar si la incapacidad priva a la víctima de desplegar sus habituales actividades productivas o recreativas y en qué medida (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., “Tratado de Daños a las Personas – Disminuciones Psicofísicas”, T. 1, págs. 90,91, Ed. Astrea).

En el caso en tratamiento estamos ante una víctima que tenía 51 años de edad al sufrir el infortunio y que padece una incapacidad del 21,55% de tipo permanente, parcial y definitiva, conforme el dictamen pericial médico obrante en autos, comprendiendo el mismo la “lesión estética” que presenta y que la he de considerar al fijar el monto indemnizatorio.

Independientemente de las consecuencias de índole “laboral” que le puedan provocar a la víctima la incapacidad permanente que padece, tengo en cuenta también la relevancia que tenga la misma en el desarrollo de su vida diaria, social, recreativa, deportiva, etc., en una mujer de 51 años de edad.

Lo hasta aquí destacado hace procedente admitir el reclamo y fijar el monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente que padece la actora como

consecuencia del hecho dañoso, estableciéndolo en la suma de $ 46.000.- (Cuarenta y Seis Mil Pesos) a la fecha del accidente (art. 167 y concs. CPCC). Teniendo en cuenta que se le ha atribuido a la parte demandada un 40% de responsabilidad en el evento dañoso, el importe que le corresponde percibir a la reclamante por este rubro asciende a la suma de $ 18.400.- (Dieciocho Mil Cuatrocientos pesos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. a computarse desde la fecha del accidente (26 de Agosto de 2002) hasta el pago efectivo.

D – <u>Daño Moral</u>

Reclama la actora le sea indemnizado el daño moral que padece como consecuencia del accidente del cual fuera partícipe.

Es natural que un accidente súbito, espectacular y catastrófico genera una intensa angustia y gran temor, constitutivos de daño moral. En el caso, he destacado ya que el perito médico ha dicho que la víctima presenta incapacidad, por lo que el daño moral conexo a las lesiones físicas es resarcible, ya que son innegables los sufrimientos precedentes.

Ahora bien, aunque el daño moral sea inconmensurable, por fuerza debe fijarse un monto resarcitorio. Admitir el sufrimiento de la víctima como inconmensurable y, pese a ello, mensurarlo en una cierta cifra, no importa contradicción, desde que la indemnización del daño moral no pretende transformar en neutro el perjuicio sufrido, sino paliar las consecuencias moralmente dañosas. Es obvio que ninguna cifra, por elevada que fuese, sería aceptable para la víctima a cambio de las lesiones y el sufrimiento padecidos (conf. TSCórdoba, Sala Civ.Com., 04/06/97, cit. en Zavala de González, M., "Doctrina judicial. Solución de casos", T. 6, pág. 304).

La suma a establecer en concepto de daño moral no colocará a la actora en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización;

no se trata de compensar dolor con dinero, sino otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos de sus vidas a fin de mitigar sus dolores.

Advierto que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (conf. CNCiv., Sala C, 17/12/99, DT, 2001-A-107).

Es por ello que no corresponde exigir al juez que explique cuál fue el método del cálculo utilizado para la determinación de la suma conferida en concepto de daño moral sino que, de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 1078 del Cód. Civil, debe apreciar las circunstancias del caso y mediante el arbitrio judicial, que no es arbitrariedad, sino valuación ecuánime de la entidad de la ofensa y del ámbito en que fue proferida -además de las características del afectado que sean conocidas- estimar discrecionalmente el monto indemnizatorio respectivo (conf. CNCiv., Sala C, 09/03/99, ED, 187-596).

De conformidad con lo expuesto se ha resuelto que la indemnización del daño moral posee carácter esencialmente resarcitorio y satisfactorio. Ello implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agravio (conf. CNCiv., Sala I, 21/12/99, LL, 2000-F-758).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta los antecedentes del caso, sus consecuencias, la edad de la víctima y las situaciones por las que, sin dudas, debió atravesar la reclamante a raíz de las lesiones padecidas en el accidente, el daño moral se ha configurado plenamente para ella; por lo que considero justo y razonable que sea indemnizada por el mismo con la suma de $ 20.000.- (Veinte Mil Pesos).

Teniendo en cuenta que se le ha imputado a la parte demandada un 40% de responsabilidad en el accidente motivo de autos, le corresponderá percibir a la parte actora como indemnización por el rubro en tratamiento la suma de $ 8.000.- (Ocho Mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales, a computarse desde el día del evento dañoso al efectivo pago (arts. 1078, 1109 y concs. Cód. Civ.; art. 167 CPCC).

3 – <u>Conclusión</u>

El análisis realizado me conduce a concluir, tal como lo hace el Dr. Vivas precedentemente, que debe admitirse parcialmente la demanda instaurada en autos, distribuyendo la atribución de responsabilidad en un 60% a la parte actora y en un 40% a la parte demandada y condenándose a ambos demandados a abonar a la reclamante la suma de $ 26.400.- (Veintiseis Mil Cuatrocientos Pesos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago (conf. art. 167 CPCC).

4 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Atento lo propuesto precedentemente al Acuerdo, corresponde cumplimentar lo dispuesto por el art. 282 del ritual.

Las costas de la primera instancia corresponde imponerlas de la misma forma en que se ha distribuido la responsabilidad por el hecho dañoso, esto

es: un 40% quedan a cargo de la parte demandada y un 60% a cargo de la parte actora (conf. art. 72 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los profesionales actuantes en la anterior instancia, los mismos deben ser regulados de la forma que propone precedentemente en su voto el Dr. Vivas por ajustarse ello a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de esta instancia corresponde imponerlas en un 60% a la parte actora y en un 40% a la parte demandada (conf. art. 72 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los letrados actuantes por ante esta Alzada, los mismos deben ser regulados de la forma propuesta en su voto por el Dr. Vivas en virtud de ajustarse ello a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. REVOCAR el pronunciamiento dictado a fs. 381/385, y en consecuencia **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda promovida por M. N. S, condenado a M. P. L. y M. C. L. a abonar a la primera la suma de pesos veintiséis mil cuatrocientos ($ 26.400), con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho, hasta su efectivo

pago dentro de los diez días de quedar firme el presente, bajo apercibimiento de ejecución.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, e imponerlas a la parte actora en el 60% y a la parte demandada en el 40% (art. 72 y 282, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la Instancia anterior de los profesionales intervinientes, de la siguiente forma: a) los de los Dres. J. C. G. y J. L. S., por su actuación hasta fs. 38, en el 9% en conjunto del monto que en definitiva resulte; b) los del Dr. G. L. en el 4% del monto que en definitiva resulte; c) los de los Dres. V. A. F. y S. L. F. en el 5% en su conjunto del monto que en definitiva resulte; d) los del Dr. L. A. N., por su actuación letrada de fs. 44/47, con los límites impuestos por el art. 10 de la ley de aranceles profesionales, en el 11,5% del monto que en definitiva resulte; e) los del perito médico Dr. V. E. R. en el 4% del monto que en definitiva resulte; f) los de la Lic. M. A.M. V., en el 2% del monto que en definitiva resulte. Todo ello con más I.V.A, si correspondiere (arts. 5, 6, 7, 9, 10, 38 y cc, ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de esta Alzada en el 60% a la parte actora y en el 40% a la parte demandada (art. 72, del CPCC).

5. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, de los Dres. V. A. F., G. L., en su conjunto, en el 26% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior; y los del Dr. L. A. N., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

6. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR el pronunciamiento dictado a fs. 381/385, y en consecuencia **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda promovida por M. N. S., condenado a M. P. L. y M. C. L. a abonar a la primera la suma de pesos veintiséis mil cuatrocientos ($ 26.400), con más intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del hecho, hasta su efectivo pago dentro de los diez días de quedar firme el presente, bajo apercibimiento de ejecución.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, e imponerlas a la parte actora en el 60% y a la parte demandada en el 40% (art. 72 y 282, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la Instancia anterior de los profesionales intervinientes, de la siguiente forma: a) los de los Dres. J. C. G. y J. L. S., por su actuación hasta fs. 38, en el 9% en conjunto del monto que en definitiva resulte; b) los del Dr. G. L. en el 4% del monto que en definitiva resulte; c) los de los Dres. V. A. F. y S L. F. en el 5% en su conjunto del monto que en definitiva resulte; d) los del Dr. L. A. N., por su actuación letrada de fs. 44/47, con los límites impuestos por el art. 10 de la ley de aranceles profesionales, en el 11,5% del monto que en definitiva resulte; e) los del perito médico Dr. V. E. R. en el 4% del monto que en

definitiva resulte; f) los de la Lic. María A.M. V., en el 2% del monto que en definitiva resulte. Todo ello con más I.V.A, si correspondiere (arts. 5, 6, 7, 9, 10, 38 y cc, ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de esta Alzada en el 60% a la parte actora y en el 40% a la parte demandada (art. 72, del CPCC).

5. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, de los Dres. V. A. F., G. L., en su conjunto, en el 26% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior; y los del Dr. L. A. N., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

6. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13 SDC. CONSTE.