En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil quince, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, de la Sra. jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y del Sr. juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"W., M. A. c/ B., O. E. s/ SUMARIO", expte. nro. 154/15,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 497/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 546) y autos de fs. 547/550, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes 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. 495/501vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación interpuesta por la parte demandada Sr. O. E. B. y la aseguradora tercera citada S. B. R. C. L. contra la sentencia definitiva nro. 78/2014 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 495/502, fs. 505 y fs. 506).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

La sentencia venida en crisis dispuso hacer lugar a la demanda, y condenó al Sr. O. E. B. (propietario del vehículo), a abonar en el término de diez días de

firme o consentida la presente, al Sr. M. A. W. la suma de PESOS CIENTO CUARENTA
Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA CON OCHENTA CENTAVOS ($144.680,80), en concepto de daños terapéuticos, gastos médicos, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral, con más los intereses hasta su efectivo pago.

Rechazó el rubro daño material. Hizo extensiva la condena a la aseguradora S. B. R. C. L. quien responderá dentro de los límites del seguro. Impuso las costas del juicio a los demandados vencidos. Teniendo en cuenta el asunto, monto, complejidad y meritando la labor profesional realizada durante las etapas del proceso reguló los honorarios profesionales actuantes.

1. Se agregaron los memoriales de agravios de las apelantes, cuyos fundamentos son idénticos, por lo cual reseñaré los mismos en forma única (fs. 526/531 y fs. 532/537).

Las agraviadas se quejan en primer término por la indebida atribución de responsabilidad en el evento dañoso al Sr. B..

Delimita lo que denomina la tesis del juez *a quo* con respecto a la causalidad del accidente, diciendo que el juez *a quo* sostuvo en el considerando 6 que le da fuerza probatoria al croquis policial y la pericial accidentológica del expediente penal acompañado, como a una serie de presunciones legales, en síntesis, al analizar este tema determina que la responsabilidad del siniestro es atribuible en un 100% al Sr. Balenciaga Omar Eladio. Para ello, afirmó preliminarmente, que de la pericia accidentológica

MARÍA FERNANDA ZANATTA **Secretaria de Cámara**

agregada a la causa penal surge que el automotor embistente es el
Renault 9 y el embestido la motocicleta; y que el perito a cargo determinó que la causa primaria del accidente es la falta de cuidado y atención por parte de conductor

dominio UYZ 558, ello sumado a la presunción legal de la Ley de Tránsito.

En forma equivocada el juez *a quo* sostuvo que este caso será resuelto en lo atinente a la causalidad, es decir, con respecto a quien fue el autor-responsable del accidente de marras a la luz de lo dispuesto por las leyes de tránsito. Esto es un error, afirman los recurrentes. Lo que debe ponderar el magistrado es cuál fue la causalidad adecuada que provocó el evento dañoso. Pues ese es el criterio imperante en nuestro ordenamiento jurídico, en el que rige la causalidad adecuada. En otras palabras, no tiene nada que ver si algunos de los protagonistas del accidente infringieron alguna norma de transito si ello no tuvo implicancia o causalidad adecuada en el accidente.

Cita jurisprudencia, agregando que la causalidad debe establecerse es la causalidad jurídica; esto es, ni una causalidad puramente material, ni una puramente científica, sino una causalidad establecida mediante criterios jurídicos, pero que tiene en su base tanto un componente material, como normal o regularmente, aunque no siempre un componente científico.

No se trata de una mera causalidad material o física lo que se debe determinar, sino un nexo o ligamen de causalidad jurídica, que es el único que satisface el requisito legal de causalidad adecuada (art. 906 Cód. Civil), por lo que el peso, la masa o el desplazamiento de los móviles es un factor contingente y no esencial para determinar la incidencia causal de cada uno. Claro que la causalidad material o física es la base de la causalidad jurídica, pues sin causalidad física no puede predicarse la existencia de causalidad jurídica. Es que, no hay causalidad jurídica sin una mínima factibilidad causal.

Se trata, entonces, de un equilibrio entre factibilidad y elaboración lógica o racionalización: la mera factibilidad de la causalidad material no alcanza para establecer el nexo de causalidad adecuada, pero si

no existe un mínimo de ella, que configure un nexo causal material, las eventuales racionalizaciones que se intenten, carecen de base cierta de sustentación y constituyen esfuerzos insustanciales, inatendibles, desechables.

Para cumplir ese requisito legal, la causalidad física o material exige una depuración para obtener así la "causalidad jurídica"; porque el derecho no es una física de las acciones humanas, el crudo materialismo de la causalidad física es depurado, refinado, sometido a un proceso mental, que descansa sobre la existencia de topes, límites o techos de imputación, como los establecidos por los arts. 905, 906 y 520 del Código Civil. A través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar y a los elementos objetivos obrantes en la causa, produzca que la ley solo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad y de acuerdo a lo acreditado y probado objetivamente y no a arcanos inasibles.

Agrega que queda demostrado que el enfoque del juez *a quo* es incorrecto en este punto, pues lo que se debe ponderar es la causalidad adecuada del accidente y cuales fueran las causa y condiciones que lo generaron; y no si se vulnero o no una norma de transito sí ello no

MARÍA FERNANDA ZANATTA

Secretaria de Cámara

tuvo causalidad con el accidente.

Es decir, el hecho que el automotor Renault 9, antes del siniestro hubiera iniciado a destiempo el cruce de la arteria, situación que hace entrar en juego la pretendida prioridad de paso -situación no demostrada en autos- en modo alguno por sí solo puede indicar que esa fue la causa que, en parte, generó el evento dañoso.

Una cosa es una condición y otra muy diferente la causa. En materia de accidentes de tránsito, toda causa es condición necesaria del mismo, pero no toda condición es la causa del evento dañoso. Es decir, la causa está relacionada con el origen o fundamento que causó el accidente, en cambio, la condición es un elemento apto que debe aparecer para que el mismo se produzca. En este caso concreto, la conducta desplegada por W. fue la que provocó el accidente y aparece como causa y condición, pues cruzó sin la debida precaución la encrucijada en estado de ebriedad.

Arguye incorrecta valoración de la prueba.

Cuando el magistrado valora el expediente penal no tuvo en cuenta las precisiones del experto, quien estimó la falta de atención de ambos conductores, quienes, según su apreciación, no percibieron con antelación la presencia del otro rodado, motivo por el cual los conductores no realizaron maniobras evasivas como frenar, esquivar o tocar bocina -fs. 78/80). Además de ello, la contraparte no logró acreditar con la pericia accidentológica por su parte propuesta circunstancia alguna que determine cómo fue la mecánica del accidente.

El segundo agravio: el juez *a quo* falló *extra petita* en cuanto al rubro gastos terapéuticos. Sentencia incongruente en este punto.

El juez *a quo* en su fallo determinó una indemnización en concepto de gastos de "medicamentos y rehabilitación" por la suma de pesos cuatro mil ($4.000).

En este sentido el Sentenciante extralimitó su función jurisdiccional otorgando sumas por este rubro que en primer lugar no se han pedido en el expediente como así tampoco se han acreditado. El demandado en su libelo de demanda no reclama suma alguna por dicho concepto. De manera clara dice el actor: "Como consecuencia del siniestro de marras M. ha debido afrontar una serie de gastos directamente vinculados a su curación, tratamiento y rehabilitación. Pero

resultando imposible describir, identificar y cuantificar los mismos, en base a la jurisprudencia seguida por nuestro fuero local, me veo impedido de reclamarlos. Se advierte la confusión al respecto cuando el juez manifiesta: "A mi juicio entiendo en cuanto a los primeros gastos de medicamentos y rehabilitación, que no le asiste razón al peticionante, dado que como consecuencia del accidente el actor sufrió lesiones de las que dan cuenta la historia clínica N° 129.199 (fs. 36/50vta., 72/82 y 86/95) y radiografía (fs. 96) y pericial médica (fs. 393/394), lo que motivo su internación"; otorgando en el párrafo siguiente una indemnización por el rubro en cuestión. El sentenciante se ha extralimitado en su función judicial resolviendo más allá de lo que la parte le ha solicitado, vulnerando mi derecho de defensa en juicio y emitiendo una sentencia írrita al derecho".

Los gastos que se reembolsan mediante este rubro no se relacionan con los padecimientos sufridos por la víctima, sino con las erogaciones que tuvo que afrontar como consecuencia de las lesiones sufridas, ya sea por tratamientos, traslados, medicamentos o atención médica y deben ser acreditados para lograr su reembolso (art. 375 CPCCCh), circunstancia no probada en **MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara** autos. Es claro que el juez se ha excedido en su función otorgando de manera incongruente una suma por el rubro no solicitado ni acreditado.

Excesiva cuantificación de los gastos terapéuticos futuros. Valoración de tratamiento de control de medicación no acreditada. La fijación del "valor sesión" del tratamiento psicológico carece de una prueba fehaciente que acredite el costo de la sesión en términos reales, pues la sola estimación del perito psicólogo no puede ser tomada como parámetro real para fijar un valor determinante del *quantum*.

Hace referencia a la impugnación de la pericial psicológica y dice que no existe razón alguna por la que

se deban fijar "entrevistas de control de medicamentos", pues no existe constancia alguna en la que se establezca que el Sr. W. debió someterse a tratamiento psiquiátrico y menos aún que se le haya recetado medicamento alguno.

Se queja también por la excesiva indemnización por lucro cesante. Afirma la inexistencia de prueba que acredite ingresos. Inexistencia de prueba que acredite el oficio de albañil. Excesiva determinación del valor de ingreso mensual por parte del Sr. M. W.. Se le reconoce al Sr. W. una indemnización por dicho rubro equivalente a $14.500. La cuantificación que se realizó resulta en principio excesiva y carente de parámetros de fijación objetivos.

No se encuentra acreditado de manera fehaciente que el Sr. Winter al momento del suceso haya tenido ingreso alguno por cualquier concepto. En su libelo de demanda dice tener la profesión de "albañil"; pero esta circunstancia no se acreditó en autos. Hace referencia a la prueba testimonial de fs. 302 y fs. 304 diciendo que no lograron acreditar de manera convincente la profesionalidad -albañil- del actor.

La agregación de tres presupuestos aislados -fs. 97/99- no puede ser el parámetro para determinar el ingreso, toda vez que el Sr. W. no tenía la seguridad de que los mismos fueran aceptados. Para tal determinación el peticionante debió haber acreditado los ingresos anteriores electivamente percibidos, pero no simples "presupuestos". Tampoco los mismos pueden ser admitidos de plano por el sentenciante, por cuanto la elaboración de un presupuesto implica la estimación de costos que exceden el carácter de ingreso pretendido.

Tampoco de la prueba oficiada a AFIP surge que se encuentre registrado en el rubro, habiendo sido su último empleo en una empresa privada denominada T. A. S.A. -no relacionada al rubro albañilería, tampoco construcción- un año antes del accidente. Tomándose tal presunción como posible y cierta, el importe indemnizatorio por lucro cesante en el hipotético caso

de corresponder, nunca podría ser superior a esos treinta y siete días que el Sr. W. se vio privado de su capacidad productiva, y no el fijado por el juez *a quo* ($14.500) que estimativamente resulta superior a tres meses del ingreso promedio establecido.

Excesiva indemnización por incapacidad sobreviniente. Inexistencia de prueba al respecto. Falta de acreditación del pretendido daño. Por este rubro se determinó de manera arbitraria e infundada un *quantum* indemnizatorio de $90.000.

La incapacidad sobreviniente debe evaluarse en consideración a las circunstancias reales de la persona afectada. Ahora bien, del desarrollo del expediente no surge disminución alguna en cuanto a su vida social, profesional, cultural, deportiva o individual.

El actor en su demanda de manera genérica manifiesta que producto del siniestro se vio privado de "realizar

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

actividades familiares, sociales ni recreativas cotidianas, recreativas y menos aún ejercer su oficio". Esta aseveración de manera alguna puede demostrar la entidad de sus supuestos padecimientos, toda vez que una lesión en el tobillo no lo impide de visitar familiares, realizar actividades sociales o recreativas en modo alguno.

Al respecto es claro que quien articula una pretensión debe hacerlo con fundamento, lo que doctrinariamente se llama "título de pedir", consistente en la afirmación de acontecimientos concretos, espacial y temporalmente determinados, pues son los acontecimientos concretos de la vida los que brindan fundamento a la pretensión. En el caso, debe tenerse presente que la profesión de albañil -no acreditada en autos-, es una profesión de tipo esporádica, en la cual los ingresos varían en función del cúmulo de trabajo que se consiga y el tiempo de realización del mismo. Además de ello no es lo mismo la ganancia que puede percibir

un albañil oficial con años de experiencia que un peón que realiza trabajos aislados -situación del Sr. W.-.

En autos tampoco existen constancias que puedan demostrar que el Sr. W. tiene una cantidad de trabajo determinada o fija que le garantice un ingreso estable mensual. Al respecto se agregaron al expediente tres presupuesto por supuestas obras que en modo alguno pueden acreditar ingresos, en todo caso podrían tomarse como una probabilidad de realización.

No se ha acreditado que la secuela en el tobillo pueda afectar de manera concreta su vida social, cultural, deportiva o individual, menos aún su magnitud.

Finalmente se queja de la indemnización por daño moral sosteniendo que la determinación de $20.000 es holgada.

Hace reserva del caso federal.

Análisis:

1. Coinciden las apelantes con el sentenciante, en quiénes fueron los protagonistas del hecho dañoso, el lugar y la fecha, del accidente de tránsito, discrepando en este estadio respecto de la responsabilidad atribuida por el juez *a quo* exclusivamente a la demandada.

Entablada la demanda a fs. 100/110, el actor al referirse al accidente dice que mientras conducía el motovehículo Motomel 110cc dominio ****** siendo aproximadamente las 6 de la mañana por la avda. Estados Unidos en dirección noroeste a sureste cuando al cruzar la intersección de la calle J. D. d. S. siente un violento impacto sobre su lado izquierdo que lo expulsa del vehículo (fs. 101). Esa fue la descripción de la mecánica del accidente en el libelo de inicio. La demandada no contestó y la aseguradora apelante al responder, en el capítulo de las negaciones sostiene que la demanda carece de sustento fáctico y jurídico, lo que es resaltado en la narrativa de los hechos sosteniendo la escasez de consideraciones fácticas respecto del accidente ocurrido el 9 de mayo de 2009 (fs. 158). Aun esta insuficiencia, la aseguradora contesta la demanda,

sostiene la responsabilidad del accidente recae en el actor por cuanto circulaba a excesiva velocidad y embistió al rodado Renault 9 conducido por el demandado quien transitaba por la derecha del motociclista, hace referencia a la localización de los daños en el vehículo del accionante sustentando su postura que atribuye la condición al actor de embistente.

Las piezas señaladas hacen al análisis del recurso de apelación interpuesto, que sostiene que el juez *a quo*, según el quejoso, efectuó

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

una apreciación errada de la prueba atribuyendo la responsabilidad al demandado de la simple lectura de la pericial accidentológica de la causa penal.

En el escrito bajo examen, el apelante efectúa citas parciales de criterios de otros tribunales, sin indicar cuál sería la analogía con lo decidido; toda vez que las referencias jurisprudenciales se tratan de supuestos fácticos diversos, situaciones en que se trató la proporcionalidad la asignación causal efectuada en una sentencia de grado que resolvió la cuestión de diversa manera a la presente.

Sabido es que la redacción de los hechos que fundamentan la pretensión deben ser explicados claramente (art 333, inc. 4, Cód. Procesal) de acuerdo con el principio de sustanciación.

En la demanda se deben exponer los antecedentes de hecho concretos, de los que surja la relación jurídica litigiosa, inclusive aportando la suma de los hechos constitutivos, toda vez que nuestras estructuras procesales están afiliadas a la doctrina de la sustanciación que requiere la carga de que se suministre al órgano judicial el conjunto de los elementos fácticos que permiten determinar el perfil de la pretensión.

En cuanto a la contestación, esta no se articula con la mera negación de los hechos, sino que también constituye defensa la afirmación de hechos que

indudablemente son incompatibles con los mencionados en la demanda, y de esta manera se permite al demandado un actuar positivo, que va a influir en la carga de prueba.

En el caso el accionante aportó lo actuado en sede penal aun no habiendo narrado los hechos cumplimentando tal la exigencia procesal, mientras que la aseguradora al contestar solo dice que el rodado asegurado venia por la derecha del motociclista actor.

Constituye deber del juez dictar sentencia y lo hizo superando las deficiencias que surgen de los escritos de demanda y contestación con las demás constancias de autos.

Se agregó el croquis policial incorporado a fs. 4 de la causa penal reservada bajo el nro. 82/15 y 154/15 (sala B) y fs. 9 de los presentes actuados a fs. 7/8 las actas labradas por los oficiales policiales que concurrieron al lugar del hecho. He de destacar que señalan obstáculos en la visibilidad debido a la arboleda y los bancos de cementos instalados en el boulevard, el horario nocturno y el asfalto húmedo por precipitaciones fluviales lo que no permitió tomar rastros de frenada. También dan cuenta que el rodado Renault 9 se dirigía por Juan XXIII a la calle Solís que es la continuadora pasando la av. EEUU. En síntesis, habría ya traspasado la bocacalle. El perito en accidentología a fs. 61/62 describe la mecánica del accidente detallando que ambos vehículos se aproximaron a la bocacalle sin percatarse que por el otro sentido venía otro rodado. Establece como causa primaria el carácter de embestidor del Renault porque la moto tenía prioridad de paso (único argumento).

Detalla el perito a fs. 60vta./61 que tuvo en cuenta el croquis policial, y que según trozos de vidrios, mica, plástico dan la pauta del lugar del impacto, concluyendo con la afirmación que se produjo sobre la banda derecha del carril noroeste de la avda. Estados Unidos y a la altura de la ochava oeste de la intersección entre la avenida y la calle Juan Solís.

Ahora bien, de acuerdo al croquis que hizo referencia el experto y basó su informe pericial, obrante a fs. 4; emerge de estos actuados que existe una rotonda cuya dimensión está en el acta policial de fs. 03 de la causa penal y fs. 2/3 del presente expediente que posee paso vehicular, advierto que

ninguna consideración efectuó de la rotonda en cuestión en el informe presentado al juez *a quo*.

Atento a la ubicación que efectuó del choque, afirmo que el Renault 9 había traspasado la misma (la rotonda) dada la mención que hace el perito del lugar del impacto.

Más aún, dice el licenciado A. que ambos vehículos se van aproximando. Cierra su informe con dos apreciaciones, la primera es responsabilidad en el evento del Renault por no respetar la prioridad de paso, no se apoya tal conclusión en otro elemento, como por ejemplo, la localización de los daños o el lugar del impacto, ya que lo menciona en la pericial, y la segunda causal del choque fue la falta de atención, la negligencia de ambos conductores.

Teniendo en cuenta lo dicho en la doctrina respecto que "en la apreciación del dictamen pericial, debe tener el juez en cuenta otros factores que se suman, como las restantes circunstancias y elementos que ofrezca la causa, ello tanto para completar como para comparar el dictamen pericial".

"Los jueces tienen amplia libertad para ponderar el dictamen pericial, pero dicha libertad no importa reconocerles una absoluta discrecionalidad; en efecto, si bien es verdad que por categórica o unánime que sea la opinión del experto, carece de valor vinculante para el órgano jurisdiccional, también lo es que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios

lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos" (Falcon E., "Cód. Proc…", t.III, pág. 416, ed. Abeledo Perrot).

Bajo un juicio crítico me resulta dificultoso afirmar que el dictamen pericial sea técnicamente correcto, toda vez que refiriendo al mismo croquis no efectuó consideración alguna a la rotonda existente en el lugar, y no jugaron factores ajenos a la apreciación del experto es la misma pieza que consideró para efectuar su dictamen (el croquis). Por otra parte considero que el perito se manifestó de manera general, no concreta expidiéndose de una manera estimativa, función que corresponde a la actividad jurisdiccional, afirmó la responsabilidad del demandado basándose exclusivamente en que no respetó la prioridad de paso.

Siendo facultad de quien decide la controversia, la valoración de la prueba, la conclusión del perito es parcialmente receptada, en cuanto ninguno de los rodados advirtió la presencia o acercamiento del otro y no la prioridad de paso que indicó.

No puede omitirse ni dejar de considerar lo dispuesto en la Ley Nacional de Tránsito 24449, Ley provincial 4165 de adhesión íntegra y Ordenanza Municipal 6199-96.

El art. 41 inc. f) que establece cuáles razones hacen ceder la prioridad del que viene por la derecha y el art. 43 inc. e) Ley 24449 (entre ellas las normas referidas a las rotondas).

Tengo en cuenta el lugar del hecho delimitado por el perito y llego a la conclusión de que el accidente de tránsito se produjo por responsabilidad de ambos conductores, porque considero que fueron neutralizadas las prioridades de paso por imperativo legal.

Cerrando el razonamiento que me llevó a esta conclusión es que no descarté que ambos venían sin advertir la presencia del

otro rodado (encuentro más fundamento en las carencias de relato de los escritos iniciales ya señalados) que la prueba bioquímica estableció "Resultado no dosable" (fs. 52), dice que no es medible, lo cual no significa negativo ni positivo, y la existencia de una rotonda en la avenida.

Si bien la jurisprudencia antaño aplicaba el criterio de la prioridad de paso, o la excepción, únicamente en el caso de que ambos conductores llegaran simultáneamente a la bocacalle, actualmente se desechó esta interpretación que -por otra parte- no surge del precepto, reconociendo como únicas excepciones a las legalmente establecidas, tal como ocurrió en la especie, existe una excepción legal.

Aun reconociendo la primacía de la regla de ceder el paso, no puede aplicarse ciegamente énfasis en la misma, puesto que lógicamente ha de atenerse a lo dispuesto en la norma jurídica (Ley 24449), y la incidencia de las circunstancias del caso concreto.

Habiendo arribado a la conclusión de que ha concurrido recíproca y bilateral contribución parcial en la producción del choque, en cuanto al grado o proporción que cabe asignar a cada uno de ellos en la responsabilidad del hecho dañoso, considero que debe ser un 50% para cada uno, por aplicación del reiterado criterio jurisprudencial según el cual, en la imposibilidad de establecer una proporción mayor de culpa de uno de los intervinientes con relación al otro, cabe distribuir la responsabilidad por mitades, a lo que entiendo ambos actuaron con negligencia inadvirtiendo la presencia del otro rodado y habiéndose neutralizado el principio de la prioridad de paso de alguno de los dos rodados en movimiento conforme lo señalado.

Por ello, recepto en el ítem el agravio de la citada en garantía y del demandado y modifico el fallo imponiendo responsabilidad en el evento dañoso en forma proporcional en un 50% a cada uno.

2. Se quejan los apelantes de los montos y rubros del resarcimiento condenados.

Dicen que el juez *a quo* falló *extra petita* condenando al rubro gastos terapéuticos. Sentencia incongruente en este punto.

El juez *a quo* en su fallo determinó una indemnización en concepto de gastos de "medicamentos y rehabilitación" por la suma de pesos cuatro mil ($4.000). Que en este sentido, el sentenciante extralimito su función jurisdiccional otorgando sumas por este rubro que en primer lugar no se han pedido en el expediente como así tampoco se han acreditado.

A fs. 104 específicamente el accionante hace referencia a los gastos incurridos para su curación, tratamiento y rehabilitación. Al demandar a fs. 104 bajo el título gastos terapéuticos, dice el actor que no puede calcular los gastos incurridos como consecuencia del proceso de restablecimiento; seguidamente bajo el mismo *nomen* incorporó los futuros. He de recordar que el demandado Sr. Balenciaga no contestó demanda (fs. 168).

A fs. 159 y fs. 161, la tercera citada negó que haya efectuado los gastos terapéuticos derivados del siniestro.

Por lo cual no considero un fallo *extra petita* aun no habiendo cuantificado los mismos el juez *a quo* receptó el reclamo en aplicación de criterios jurisprudenciales uniformes, y que he sostenido y compartido con este cuerpo que integro.

Tal postura, esta Sala en otras oportunidades, siguiendo doctrina, ha dicho que "… acerca de los gastos médicos, de farmacia y de traslado, "producido el agravio a la integridad psicofísica de la persona, resulta imprescindible recurrir a asistencia terapéutica, lo que siempre implica un sacrificio económico, en mayor o menor medida, inclusive en caso de atención en establecimientos gratuitos" (Zavala de

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

González, Matilde, “Resarcimiento de daños. Daños a las personas”, t. 2.a, “Integridad Psicofísica”, Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 3° reimpresión, p. 140).

Mereciendo el agravio el rechazo por el argumento central que se fundamenta en falacias detectadas de la simple confrontación de lo actuado, de la documentación incorporada y pruebas testimoniales, en el curso del pleito, agrego que el juez *a quo* estimó los gastos terapéuticos conforme las facultades del art. 167 del CPr.

En la convicción de que los gastos médicos deben ser reparados aunque no se haya demostrado documentalmente su existencia, pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o de los familiares, tal como ocurrió fue debidamente acreditada la existencia, la historia clínica acompañada, los informes de los peritos resultan ser contundentes.

Considero que el daño fue comprobado, y usando las facultades discrecionales previstas en la norma citada, constituyendo las mismas obligaciones comprendidas en el deber de juzgar, me expido coincidiendo con el monto establecido en la instancia de grado, habiendo evaluado que los gastos terapéuticos, fueron una derivación lógica del infortunio del que fue víctima el actor, en base al tipo de lesión padecida, la intervención quirúrgica, el tiempo de inmovilización por el yeso y demás factores por lo que su otorgamiento no se exhibe como desproporcionado o irrazonable.

Rechazo el agravio y confirmo en el punto la sentencia.

3. Se quejan de la excesiva valoración del juez *a quo* del resarcimiento por gastos terapéuticos futuros.

Asienta su crítica en el informe pericial psicológico, que el sentenciante tuvo en consideración, haciendo mención de la impugnación presentada.

En virtud de las pruebas colectadas en autos, soy de la idea que se ha acreditado la existencia de una lesión física con repercusión en el aspecto psicológico, tal como explicó con conceptos científicos la perito psicóloga, el accidente y lesión física causada, desencadenar la aparición de enfermedades y síntomas de origen físico y psicológico que describe como "efectos patógenos que por su duraderos que por su significación, sorpresiva aparición y prolongada duración superaron la capacidad de reorganización psíquica" (fs. 343) y además describe lo que denomina el duelo postraumático. En mi opinión, la experticia psicológica presenta claridad y seriedad científicas que le confieren pleno valor probatorio y no alcanza a ser relativizada por el memorial de agravios ni las impugnaciones vertidas desde que, por un lado el dictamen ha sido elaborado sobre la base de los exámenes y estudios practicados al actor, se sustenta en fundamentos, bases científicas y técnicas propias de la profesión de la psicóloga (*cf.* arts. 481 y 477 del CPr).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

No se advierten quebrantamientos en la conclusión del fallo, sino más bien una valoración alternativa de hechos y pruebas. El remedio procesal intentado requiere la demostración puntual de distorsiones u omisiones en el razonamiento del juzgador con trascendencia en la adjudicación de derechos en competencia. En el presente no se comprueban estas irregularidades pues para ello era menester la confrontación específica de la sucesión de premisas fácticas y jurídicas que constituyeron el pronunciamiento. Pero, el impugnante se desentiende de

tales razones, de modo que no cumple el recaudo ineludible para atribuirle alguna lesión al sistema de reglas que informan la sana crítica racional. La mera disconformidad, sin hacerse cargo de la plataforma fáctica fijada, es ineficaz para un embate certero. La condena se fundó en evidencias que el presentante lisa y llanamente desconoce. Así es, ya que la ligazón entre el padecimiento y el accidente de tránsito y la lesión sufrida, fue indicada de modo consistente por toda la prueba técnica cuestionada, estos motivos me inducen al rechazo del agravio.

4. En cuanto a los agravios por el resarcimiento por lucro cesante y daño material.

En cuanto al segundo, el daño material, los mismos argumentos sostenidos para desestimar la crítica por el embate contra los gastos futuros caben en la especie.

El juez tuvo en cuenta la pericial del galeno, pero le añadió a circunstancia que se trata de una persona muy joven al momento del hecho dañoso, las constancias referidas a la actividad que realizaba, y no me escapa en esta instancia de revisión que la afección que porta y la carencia de una actividad intelectual son factores influyentes al momento de desplegar una labor lucrativa. Por lo cual confirmo.

Sobre el lucro cesante, no solo evaluó el presupuesto al que hace se referencia en los memoriales, sino la actividad en sí misma, de albañil, que el informe de la AFIP de fs. 267, no le resta credibilidad, y su lesión; por otra parte lo decidió conforme las facultades previstas en el art. 167 del CPr y no considero irrazonable, por lo que confirmo.

5. En cuanto a la cuantificación del daño moral, cabe recordar que la elaboración de cualquier sistema orientado a prefijar los montos por daño moral, no desjerarquiza los intereses espirituales menoscabados (como no lo hace una condena a indemnizar por su lesión y como valoró el juez *a quo*), sino que solo aporta andamiaje técnico para superar el individualismo

jurisdiccional inmotivado, que no brinda explicaciones razonables ante diferencias resarcitorias importantes ante daños morales más o menos similares.

El agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. No se reduce al “Premium dolores”, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales. Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado "modificaciones disvaliosas del espíritu" (Pizarro, Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA del 17.09.86, pág. 6 y doctrina allí citada). Ello así, en la especie, ha sido justo el importe fijado en concepto de daño moral y lo confirmo.

6. Costas:

Por imposición del art. 282 del ritual, deben readecuarse las costas y honorarios de la instancia de grado. Habiendo progresado la acción parcialmente, conforme se propicia en el presente voto, por aplicación del art. 71 y 69 del CPr, las costas las impongo en el orden causado. Por idénticos motivos, las correspondientes a esta alzada.

En cuanto a los honorarios de los letrados actuantes en la primera instancia, atento a la labor profesional, mantengo lo dispuesto por el juez *a quo*.

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en la alzada al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Por lo expuesto, propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada y la tercera citada Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada.

2) Modificar la sentencia de grado en lo siguiente: declarar la responsabilidad compartida en un 50% al actor y demandado en el accidente de tránsito ocurrido el 23 de mayo de 2009, según los considerandos respectivos, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda, y condenar al Sr. O. E. B. (propietario del vehículo), a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente, al Sr. M. A. W., la suma de PESOS SETENTA Y DOS MIL TRECIENTOS CUARENTA CON CUARENTA CENTAVOS ($72.340,40), en concepto de daños terapéuticos, gastos médicos, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral, con más los intereses hasta su efectivo pago. Hacer extensiva la condena a la aseguradora Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada en los límites del contrato. Las costas por el orden causado.

3) Imponer las costas de la alzada por el orden causado.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión, la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 526/531vta., el codemando Omar Eladio Balenciaga y a fs. 532/537vta. la citada en garantía

S. B. R. C. L. expresan agravios contra la sentencia definitiva nro. 78 del día 15/12/14 (fs. 495/502), corrido el traslado de los mismos a fs. 538, son contestados por la parte actora a fs. 539/543.

I.B) Advirtiendo al igual que la distinguida colega preopinante que las críticas expuestas tanto por el codemandado O. E. B. fs. 526/531vta. como por la citada en garantía S. B. R. C. Ltda. a fs. 532/537vta. son coincidentes, he de tratarlos en forma conjunta.

I.C-1) Se agravian ambos recurrentes (fs. 526/528 y 532/534 - pto.II, ap.I) en cuanto el juez *a quo* responsabilizó del accidente protagonizado el día 23/05/09 entre el automotor Renault 9 propiedad del codemandado Sr. B. y la motocicleta Motomel conducida por el actor, fundando sus agravios en que el juez *a quo* erró en el concepto y aplicación de la causalidad adecuada, prescindiendo de valorar prueba fundamental existente en el proceso.

Entrando en el análisis de la presente cuestión, cabe considerar en primer lugar y en cuanto a las leyes de fondo, que es indiscutible que el presente caso se trata de un accidente ocasionado entre distintos automotores –auto y motocicleta-, estimando sobre dicha situación que el riesgo creado regula la atribución de la responsabilidad civil al dueño o guardián de las cosas cuando estas intervienen activamente en la producción del daño; resultando inadmisible la supresión de esta teoría cuando se ha producido un encuentro entre dos o más vehículos porque el choque que los puede dañar no destruye los factores de atribución de la responsabilidad; la neutralización de riesgos, basada en una suerte de compensación, carece

de todo fundamento legal; si ambas cosas presentan riesgo cada dueño o cada guardián deben afrontar los daños causados a otro.

Es afianzada la postura de la Corte Bonaerense que aplicando el riesgo creado a los accidentes de automotores (art. 1113, párr. 2°, *in fine* CC), sostiene "que para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquel se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: este debe haber sido causado u ocasionado por aquélla" (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114 Ccit.; Sup. Corte Bs. As., Ac. 43168, 23/4/90, "Liguori, Filomena v. Municipalidad de Ensenada s/ daños y perjuicios" A. y S. 1990-I-857; Ac. 43251, 26/2/91, "Tnko, Julio T. y otros v. Municipalidad de Merlo s/ daños y perjuicios", A.yS. 1991-I-116, entre otros).

De este modo y de conformidad con lo prescripto por los arts. 901 y 906 del Código Civil, la postura doctrinal ha afirmado que el juez para determinar la relación causal adecuada en el art. 906 CC debe formular *ex post facto* un juicio de probabilidad o pronóstico póstumo y objetivo del resultado dañoso, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, para verificar si ese daño era previsible, lo que se aprecia en abstracto (Compagnucci de Casó, Rubén H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", p. 30; "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa", Rev. Notarial Bs. As., n. 845, año 1979, p. 980 y ss.; Goldenberg, Isidoro H., "La

relación de causalidad en la responsabilidad civil", p. 229; Gesualdi, Dora, "Responsabilidad Civil", p. 45; Alterini, Atilio-López Cabana, Roberto, "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", LL 1986- E-981; Alterini, Atilio A., "Responsabilidad civil", p. 160; Orgaz, Alfredo, "La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño", LL 55-804, nota 39, aut. cit., "La culpa", p. 129; Carranza, Jorge, "Notas para el estudio de la relación causal...", LL 145-746; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ps. 220/221).

En segundo lugar y desde el punto de vista procesal, en lo atinente a la carga de la prueba se ha sostenido que los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso... la noción de la carga de la prueba ha sido diseñada como una regla de juicio dirigida al juez, que le indica cómo resolver frente a hechos insuficientemente probados, a fin de evitar el *non liquet*. Indirectamente indica a cuál de las partes le interesa la demostración y, por lo tanto, asume el riesgo de la falta de evidencia (Jorge Mosset Iturraspe, “Accidentes de automotores - Responsabilidad del Estado, en Revista de Derecho de Daños”, Tomo I - 2001, “Accidentes de tránsito”, Rubinzal Culzoni Editores, págs. 49/50).

Asimismo, se ha de destacar que el artículo 381 de

la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, dispone que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido, y que cada uno de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. De esta forma, el digesto procesal local ha adoptado como criterio para distribuir la carga de la prueba, a aquel que atiende a la posición en que

encuentra cada una de las partes con respecto a la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en el caso concreto. No interesa, para esta teoría, la condición de actora o demandada asumida por cada parte ni la naturaleza aislada del hecho sino los presupuestos fácticos de las normas jurídicas, de manera tal que cada una de las partes se halla gravada con la carga de probar las menciones de hechos contenidas en las normas con cuya aplicación aspira a beneficiarse, sin que interese el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de tales hechos (Palacio, Lino E., T.IV, p. 368).

A la luz de dichos entendimientos y criterios, de la cuestionada decisión, después de un exhaustivo análisis de las valoraciones y criterios que efectúa el a-quo en los considerandos 5to. a 13ero, (fs. 497/499vta.). se deriva que el sentenciante realiza un pormenorizado análisis de la cuestión sometida a debate, haciendo referencia al caudal probatorio reunido en autos. En todo caso las refutaciones expresadas por las recurrentes (fs. 526vta./528 y 532vta./534 y pto.I, b-i y ii) aparecen como una discrepancia con la conclusión que de lo analizado por el juez *a quo* basado tanto en los criterios legales aplicables en casos de esta naturaleza como en la prueba existente.

Sabido es que, a tenor de lo dispuesto por el art. 390 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, los jueces no tienen el deber de expresar en sus sentencias la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Al respecto cuadra hacer referencia que la doctrina tiene dicho "La actividad por la cual el tribunal elabora su temperamento, no requiere del tratamiento pormenorizado de todas las pruebas que se hayan acercado a la causa, sino que la tarea de apreciación de la prueba presupone una prioritaria labor de selección y descarte del material probatorio, en función de la trascendencia del mismo para dilucidación de la causa. Ello permite

disminuir la tarea de juzgamiento, ahorrando pronunciamientos inútiles respecto de elementos probatorios inconducentes" (Vénica, Oscar H., "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", tomo III, 1999, edit. Marcos Lerner, Cba., pág. 201).

De tal manera, si bien el recurrente destaca que no se valoró en debida forma la pericial accidentológica, lo cierto es que el juez pudo arribar a su decisión con los datos que emergen de la prueba aportada. No surge de las expresiones vertidas por los recurrentes ninguna dirimencia como para revertir el sentido en el éste ha decidido el caso. En realidad el quejoso pretende que la prueba sea analizada de una manera diferente a la que realiza el juez *a quo*.

A efectos de precisar más la temática debatida, cabe agregar que la norma de tránsito que establece el principio de prioridad de paso otorga dicha preferencia a quien se presente por la derecha. Tal regla debe atenderse -principalmente- en casos en que ambos vehículos arriban más o menos simultáneamente a una bocacalle, pues ha sido prevista para evitar colisiones, sin que justifique su apartamiento el haber intentado –el que conduce por la izquierda- alcanzar primero el medio de la calle o que este haya comenzado el cruce con anterioridad.

Desde otro aspecto, confrontando la línea argumental expresada en su

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

contestación de demanda por la Citada en Garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. (fs. 160/vta. pto.IV) con la desarrollada en sus agravios de fs. 532/534 -pto.II, ap.I) se hace de aplicación lo prescripto por el art. 280 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ- en cuanto a que la sentencia dictada en segunda instancia, solo podrá recaer sobre puntos que hubieren sido sometidos a juicio en la primera.

Ello así por cuanto la sentencia de la alzada se halla también condicionada a los límites impuestos por el principio de congruencia, de modo tal, que el tribunal no puede fallar acerca de capítulos no propuestos de manera oportuna y eficiente a la decisión del juez de primera instancia. Es necesario así, que las alegaciones que el apelante realice en la instancia *ad quem*, hayan sido expresadas oportunamente en la instancia anterior, aunque según sea la solución del juicio por el inferior, las pueda haber o no considerado. Lo importante para precisar el extremo del principio de congruencia (art. 333 inc. 4to. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, que enmarca y condiciona las facultades cognoscitivas del órgano jurisdiccional, atento que es la efectiva y oportuna introducción y proposición de las cuestiones fácticas y jurídicas en las que los litigantes basen la defensa de sus respectivas posiciones. Tanto en primera como en segunda instancia, la decisión jurisdiccional, positiva, expresa y precisa(art. 165 inc. 6to. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-), debe conformarse a las pretensiones deducidas en el juicio al momento de la traba de la litis, *litiscontestatio*, pues allí las propias partes delimitan el *thema decidendum*, que sirve de marco referencial básico para la posterior actividad de los magistrados en la solución de la controversia. Circunstancia esta advertida por el sentenciante en el análisis que desarrolla en los considerandos 10mo. y 11ero. (fs. 498vta./499).

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar los agravios planteados tanto por el codemandado O. E. B. como por la citada en garantía S. B. R. C. L. (fs. 526/528 y 532/534, respectivamente) y confirmar la sentencia de fs. 495/502.

I.C-2) A fs. 528/529, el codemandado O. E. B. y a fs. 5347535 la citada en garantía S. B. R. C. L. se agravian por entender que el juez falló *extra petita*

en cuanto al rubro correspondiente a gastos terapéuticos.

I.C-3) Se agravian ambas recurrentes (fs. 529/531vta., 535/537vta. en cuanto consideran que el juez *a quo* cuantificó excesivamente los conceptos de: a) gastos terapéuticos, b) gastos terapéuticos futuros, c) lucro cesante, c) incapacidad sobreviniente y d) daño moral.

I.C-3-a)) Respecto de la declaración de

procedencia de gastos terapéuticos y la fijación de monto efectuada por el juez *a quo* en el considerando 16to. (fs. 499vta./500), siendo que emerge claramente del escrito de demanda a fs. 104 ptos. 2.1.1. párr. que el accionante no los ha pedido, considero que le asiste razón a los apelantes. Ello así, ya que enseñan doctrinarios como los Dres. F. y Y. que la sentencia debe limitarse a las pretensiones deducidas en juicio. Por lo tanto, será rechazado todo aquello alegado por las partes que no ha sido materia de la causa. La relación jurídica procesal no solo comprende las pretensiones del actor, sino que se integra con la contestación de la demanda, de modo que las afirmaciones, las reservas y las defensas contenidas en ella forman parte integrante de la litis. Los vicios de *ultra* o *extra petita* en que incurra la sentencia de primera instancia, pueden ser corregidos por la alzada, revocando la sentencia, sin que se proceda a su nulidad (*cf*. Fassi, Santiago C. - Yáñez, César D., Código Procesal Civil y Comercial - Comentado, Anotado y Concordado, Astrea, Buenos Aires, 1988, t.1, p. 799/801, § 44, comentario al art. 163). (…) En idéntico sentido, la jurisprudencia ha referido que el mentado principio consagrado en el Código Procesal de la Nación, significa que a los jueces les está vedado pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas o hechos no afirmados por las partes, de allí que debe mediar

conformidad entre demanda, el responde y la sentencia (*cf*. CNCiv., Sala F, "Vera Sánchez, Fernando y otro c/ Ristori de Fishburne, Lydia E. Sucs. y otro", del 15/2/96, LL, 1997-D, p. 45; íd, Sala A, "Huber, Francisco E. c/ Consorcio de Propietarios Avda. Santa Fe 1556/60 y otros", del 7/12/98, LL, 2000-A, p. 593). Se vincula a la forma en que los jueces y tribunales resuelven las cuestiones que les han sido sometidas con arreglo a la relación procesal, sin omisiones ni demasías decisorias, o sea la conformación de la sentencia con el pedimento (*cf*. SCBA, "Vinent, Pablo c/ Pineiro de Amette, L.", 5/03/85, LL, 1985-D, p. 11)".

"En efecto, entiendo que no corresponde condenar al pago de gastos terapéuticos si ello no fue solicitado en la demanda -tal como reconoce el juez de grado en el considerando 16to. 1er. Párr., fs. 499vta., pues se violaría el principio de congruencia.

Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a los agravios planteados por los recurrentes a fs. 528/529 y 534/535 y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 495/502, no haciendo lugar al concepto de gastos terapéuticos.

I.C.3-b) A fin de dirimir las cuestiones planteadas en los agravios planteados por los apelantes respecto de la cuantificación por gastos terapéuticos futuros a fs. 529/vta. y 535/vta. tengo en cuenta que el art. 390 de la Ley XIII, Anexo A, nro. 5- DJ- dispone en cuanto a la apreciación de la prueba: "Salvo disposición en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valorización de todas las pruebas producidas sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

Asimismo, es entendimiento de la suscripta, en cuanto a la regla de la sana crítica, que cuando se trata de prueba referente a la concurrencia de hechos y

conexiones entre ellos, casi siempre son las presunciones las que permiten la demostración, pues se trata de deducciones lógicas aptas para persuadir acerca de la efectividad de lo que se quiere demostrar (*cf*. Llambías, "Código Civil.", v.II-B, p.25 nro. 8).

Tal facultad está expresamente prevista en el art. 165 ap. 5to. 1er. párr. de la normativa procesal precedentemente citada cuando dice: "Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hecho reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".

Expresa el art. 481 del código de rito, en cuanto a la eficacia probatoria del dictamen: "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por **MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara** los consultores técnicos o los letrados, conforme los art. 477 y 478 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca".

El juez *a quo* en su considerando 16to. párr. 5to. y 6to. (fs. 500) valora la pericia psicológica efectuada por la Lic. F. M. (fs. 339/346) considerándola de plena validez y haciendo suyo lo dictaminado por dicho perito, fundando dentro de los parámetros de valoración a los que está facultado conforme el ordenamiento procesal precedentemente citado, observando la suscripta que los fundamentos desarrollados tanto en la impugnación como en sus agravios por los recurrentes (fs. 349 y. 529/vta. y 535/vta. se circunscriben a la sola opinión discrepante con la labor axiológica del juzgador en punto a la valoración de la prueba de perito lo que no constituye un medio idóneo para acreditar la fractura de los preceptos que gobiernan esa tarea . En este

sentido tienen dicho la doctrina y jurisprudencia versada en la materia que la fuerza probatoria de la prueba pericial sólo puede enervarse por fundadas razones científicas, siendo ilógica la pretensión de contrariarlas sobre la base de meras discrepancias subjetivas (*cf*. crit. Morello – Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", TV-A; SCBA, Ac. y Sent, 1957, v.V, p.30; pág. 442; SCBA, Ac. y Sent., 1976, v.I, p. 242).

Son todas razones por las cuales corresponde desestimar los agravios planteados por el codemandado y la citada en garantía (fs. 529/vta. y 535/vta.) y confirmar en este sentido la sentencia de fs. 499/502.

I.C-3-c) Se agravian las recurrentes en cuanto al monto fijado por el concepto de lucro cesante (529vta./530 y fs. 535vta./536).

Si bien la actividad de albañil ha sido débilmente acreditada a través de los indicios que resultan de los presupuestos de fs. 97, 98 y 99 reconocidos a fs. 306 a 308, no menos cierto es que atento a como se desempeña dicha actividad en la realidad de la construcción lo que hace que la prueba se constituya en de producir por las características de aquélla- entiendo que esta falta de comprobación no puede obstar a la procedencia de la indemnización. Es entendimiento de la suscripta que frente a la incertidumbre del monto o importe al que ascendería la merma económica padecida, es justo recurrir al parámetro del salario mínimo, vital y móvil en la inteligencia de que el mismo constituye el umbral inferior de ingresos de las personas más humildes, razón por la cual y siendo ajustado a derecho el monto estimado por el juez *a quo*, son elementos de convicción por los cuales corresponde rechazar los agravios planteados por los recurrentes y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.C-3-d) En lo referente a los agravios sobre el monto determinado por el juez *a quo* respecto del concepto de incapacidad sobreviniente (fs. 530/531vta.

y fs. 536vta./537vta.), observo que los fundamentos expuestos por los mismos en cuanto "del desarrollo del expediente no surge disminución alguna en cuanto a su vida social, profesional, deportiva o individual", caen ante la contundencia que emerge tanto de las declaraciones testimoniales prestadas por M. C. G. (fs. 302/303vta.), J. A. (fs. 304/305) como las circunstancias destacadas en la pericial psicológica efectuada por la Lic. F. M. (fs. 339/346), ameritando, asimismo, la falta de aseveración suficiente para demostrar el desacierto o exceso que produjera un enriquecimiento sin causa, **MARÍA FERNANDA ZANATTA** razones todas

Secretaria de Cámara

ellas por las cuales se rechazan los agravios expuestos por los recurrentes y se confirma la sentencia.

I.C-3-e) En cuanto a la cualificación del daño moral efectuado por el sentenciante plateado por los recurrentes a fs. 531vta. y 537vta.) los apelantes se limitan a formular consideraciones generales, dogmáticas y abstractas, no referentes a los aspectos específicos de la sentencia pretendidamente cuestionada a lo que se suma que el monto establecido se ajusta a una suma prudente, son todas razones por las cuales la complexión e implicancia de lo expuesto, han quedado entonces incólumes y consentidas las substanciales motivaciones expuestas en la sentencia, son méritos efectuados que me llevan a la convicción que han de desestimarse los agravios planteados por los recurrente y por ende corresponde confirmar la sentencia en este sentido.

I.D) Atento a lo decidido en el presente voto corresponde la aplicación de lo prescripto por el art. 282 y 72 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-. Se imponen las costas tanto de primera como de segunda instancia en un 90% al codemandado O. E. B. y a la citada en garantía S. B. R. C. L. y en un 10% al actor. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera

como de segunda instancia, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts 5, 6, 7 y 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -.

A la segunda cuestión, la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Hacer lugar a los agravios planteados por los recurrentes a fs. 528/529 y 534/535 y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 495/502, no haciendo lugar al concepto de gastos terapéuticos.

2) Desestimar los agravios planteados por los recurrentes a fs. 529/531vta y 535/537vta. confirmando la sentencia de fs. 495/502 en dicho sentido.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia en un 90% al codemandado O. E. B. y a la citada en garantía S. B. R. C. L. y en un 10% al actor. (arts. 282 y 72 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, arts. 5, 6, 7 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Prof. de Abogados y Procuradores -DJ-.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación contra la sentencia de grado interpusieran la citada en garantía (fs. 505, agravios fs. 532/537) y la parte demandada (fs. 506, agravios fs. 526/531). Corridos los traslados de ley, fueron contestados por la parte actora (fs. 539/543). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y a fin de evitar repeticiones innecesarias que solo dilatarían mi voto, diré que el Sr. M. A. W. promovió formal acción sumaria por daños y perjuicios contra el Sr. E. R. G. (conductor del vehículo marca Renault 9 dominio ******), el Sr. O. E. B. (titular registral) y/o contra la persona que resulte responsable del accidente acaecido el día 23 de mayo de 2009, por la suma de pesos doscientos cincuenta mil seiscientos ochenta ($250.680), comprensiva de los rubros gastos de reparación, gastos terapéuticos futuros, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral, todo ello más el monto que surja de los rubros no cuantificados y con más los intereses calculados a tasa activa a computar desde la fecha del siniestro y hasta la del efectivo pago, y/o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse en el proceso. Pidió ce cite como tercera en garantía a la empresa de seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada. Relató lo hechos. Ofreció prueba. Corrido el traslado de la demanda, se presentó la citada en garantía, quien cumplió con la carga procesal negando hechos. Desconoció documental acompañada en la demanda. Ofreció su prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la acción con costas. Desistió el actor de su demanda contra el Sr. G.. Pidió la rebeldía del codemandado Balenciaga. Más tarde se presentó este en autos, cesando la rebeldía decretada en oportunidad. Se produjo la prueba. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar a la demanda, en consecuencia condenó al Sr. O. E. B. (propietario del vehículo), a abonar al Sr. M. A. W., en el término de diez días de firme o consentido el decisorio, la suma de pesos ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos ochenta con ochenta centavos

($144.680,80), en concepto de daños terapéuticos, gastos médicos, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral, con más los intereses fijados en el considerando respectivo y desde las fechas fijadas, hasta su efectivo pago. Rechazó el rubro daño material. Hizo extensiva la condena a la aseguradora Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, para que responda dentro de los límites del seguro. Impuso las costas del juicio a los demandados vencidos. Reguló los emolumentos de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron demandado y citada en garantía. Los agravios planteados por ambos se centraron, en efecto, sobre dos cuestiones. La primera de ellas, el cuestionamiento sobre la atribución de la responsabilidad en el evento dañoso, la otra, vinculada a los montos objeto de las indemnizaciones otorgadas en los distintos rubros que fueran objeto de reclamo en la acción impetrada.

A ese respecto, mis prestigiosas colegas de Sala han emitido ya su voto y atendido a los agravios de los recurrentes, cada una fundando su criterio, existiendo discordia entre ambas en la solución que han propuesto al caso.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, “bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término”, dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en

razón del lugar que me ha sido asignado para votar (tercero), en el caso particular y en atención a la falta total de coincidencia antes referida, habré de expedirme en la extensión que el caso sometido a mi análisis requiere.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está permitido.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf*. SD N° 45/SRE/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. ed. Astrea).

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten

esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Adelanto que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio en el marco de la impugnación formulada, habré de abordar el tema de la responsabilidad en primer término, y luego la cuestión de los montos indemnizatorios en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando ocurriera el siniestro, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Así, entonces, en lo atinente a la responsabilidad, sabido es que en los accidentes de tránsito en los que interviene más de un rodado, reina la regla establecida en el artículo 1113, 2do. párrafo, del CC por la cual el damnificado no tiene que probar la culpa de quien le

ocasionó el daño, sino que el dueño o guardián del automotor es quien debe demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, o bien el caso fortuito, para eximirse de la responsabilidad. Es claro que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. En lo atinente a la carga de la prueba no se neutralizan los riesgos que se generan en la colisión entre los vehículos, sino que se mantienen intactas las presunciones de responsabilidad que establece la norma citada, debiendo cada parte demostrar los eximentes de responsabilidad que invoque.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Vale decir, en estos casos, la sola existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo dispuesto por el precepto mencionado, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, pues se crean presunciones concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben soportar los daños causados a otro, salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes (*cf*. Corte Suprema de Justicia, dic. 22-987, causa “Empresa Nac. de Telecomunicaciones c. Provincia de Buenos Aires y otro”, La Ley 1988-D-996, consid. 3; Corte Suprema de Buenos Aires, G.J.B.A. 114, pág. 10, La Ley 1986-D-483; C.N.Civ. Sala C, voto Dr. Cifuentes, La Ley 1.990-B274, con nota de Trigo Represas, Félix, autor que sigue esta posición; también en “Aceptación jurisprudencial de la tesis del riesgo recíproco”, La Ley 1986-D-479; C.N.Civ. Sala G, voto Dr. Greco, diario La Ley del 18 de junio de 1.992; C.N.Civ. sala F, voto Dr. Bossert, La Ley 1991-A-457; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Temas de responsabilidad civil”, en homenaje a A.M.Morello, pág. 225 y en “Código Civil...”, dirigido por Belluscio, Augusto C. y coordinado por Zannoni, Eduardo, T 5, com. art. 1113, núm. 22 y ss; Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad por daños”, T II, B, núm. 208; Brebbia,

Roberto H. “Problemática de los automotores”, T I, pág. 265; Alterini, Aníbal Atilio, “Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores”, La Ley 1988-D-296; Pizarro, Ramón, D. “Accidentes de tránsito. Colisión entre dos o más automotores. El riesgo recíproco”, La Ley 1983-D-1006 y su nota en J.A. 1990-IV-365).

Que es lo que ha sucedido aquí. Pues bien, en principio el demandado fue declarado rebelde al no presentarse a estar a derecho y contestar la demanda incoada en su contra. Más tarde, lo hizo a través de apoderado (fs. 233/238). En tal contexto, dejó de cumplir con la carga antedicha desde que no probó la culpa de la víctima o de un tercero que pudiera eximirlo de la responsabilidad.

Ahora, respecto del actor, dijo este al promover la acción que el día 23 de mayo de 2009, aproximadamente a la seis de la mañana, conducía el motovehículo marca Motomel 110cc. por la av. Estados Unidos de esta ciudad de noreste a sudeste y, al cruzar la intersección de aquella arteria con la calle Juan Díaz de Solís, fue embestido en su lateral izquierdo por el vehículo Renault 9 conducido por el demandado. Producto del evento sufrió una fractura expuesta en su tobillo derecho que derivó en una cirugía reconstructiva y la colocación de una implante quirúrgico. A efectos de probar sus dichos ofreció copias certificadas del legajo de investigación fiscal –caso 22.229- caratulado “G., R. E. s/ Lesiones graves
culposas” y prueba pericial del accidente. Vinculando ambos medios probatorios, advierto que el croquis elaborado por el personal policial que interviniera en la oportunidad muestra ambos vehículos en la sobre el carril de la av. Estados Unidos que circula de de

noroeste a sudeste, prácticamente sobre la esquina sur de la intersección con la calle Juan Díaz de Solís, lo que aparece confirmado por las tomas fotográficas de fs. 23/25.

Con respecto a las presunciones de causalidad se ha sostenido que quien demanda tiene a su cargo demostrar su título -en el caso la existencia del acto ilícito- y la causa física del daño -en el caso el contacto físico o material-, y probados ambos (título y causa física) rigen las presunciones de causalidad, las que sirven para aligerar la prueba que le incumbe

producir al damnificado (Atilio Aníbal Alterini - Oscar José Ameal - Roberto M. López Cabana - Derecho de Obligaciones -Civiles y Comerciales-, p. 228, nº 515, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995). Se presume que el autor material es autor jurídico, y por lo tanto responsable, a menos que pruebe la ruptura de la relación causal (Alterini-Ameal-López Cabana, op. y loc. cit.). En el caso del art. 1113 específicamente se endilga responsabilidad al dueño o guardián, cuando se prueba el acto ilícito y el contacto físico de la cosa riesgosa causante del daño (CNCiv. Sala F, noviembre 16/2004, L. 372.901 - "Krauthamer Diego c/ Arriola Dalmiro Alberto y otros s/ daños y perjuicios" -).

En principio, el acta labrada por el personal policial interviniente obrante a fs 6/8, no arroja luz sobre la problemática que se discute, como así tampoco lo hace el informe agregado a fs 13, el que da cuenta de daños en los frentes y laterales de ambos vehículos, luego no puede determinarse que uno de los mismos haya resultado ser el embistente. En relación con la prueba pericial del accidente (fs. 278/280), informó el perito

designado no poder desarrollar la tarea encomendada en orden a la falta de información y la forma incorrecta de relevamiento de datos.

Debe recordarse que si bien dicho peritaje no reviste el carácter de prueba legal, el juez debe valorarlo conforme a la sana crítica, pero para apartarse de sus conclusiones debe tener razones muy fundadas porque estas emanan de quien tiene una incumbencia específica del campo del saber, técnicamente ajeno al hombre de derecho y para desvirtuarla es necesario traer elementos de juicio que permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (*cf.* Cám.Nac.Civ, Sala H, 29/12/99, "Golberg, Alejandro c/ Expreso Caraza SA s/ daños y perjuicios", Libre Recurso nº 268.771).

Adiciono a ello -desde que las actuaciones a que hiciera referencia en el inicio integran el legajo fiscal antes mencionado- que en la carpeta judicial nº 2570 vinculada a aquél (copia a fs. 472/490) se declaró extinguida la acción penal.

Ello así, juzgo que ninguno de los dos conductores ha logrado probar cabalmente la culpa del otro, razón bastante que me lleva a declarar la concurrencia de culpas –de responsabilidades objetivas– debiendo en consecuencia cada uno soportar los perjuicios que el otro haya probado haber sufrido.

Encaminándome ahora en dicha senda, cuestionaron los apelantes los montos fijados en los rubros en que el juzgador hiciera lugar a la indemnización por los daños derivados del siniestro de marras.

Ante todo, destaco que coincido con el querido maestro Bueres, quien desde hace tiempo viene sosteniendo que el Código Civil de Vélez Sarsfield

contempla dos categorías: el daño patrimonial y el daño moral. Al primero se refieren los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo atañen los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general -en sus bienes esenciales- no son daños sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser fuentes de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: solo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (*cf*. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, Nº 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños nº 6, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2a – "Daños a las personas", Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Será ese el punto de partida del análisis sobre el que habré de juzgar la procedencia de los agravios que fueran planteados.

Destaco en principio que la pericia médica obrante a fs. 393/394 reveló una incapacidad parcial y permanente del 15%, que soporta el actor como consecuencia del accidente, no habiendo sido la misma objeto de impugnación. Lo aclaro, desde que en el marco de la acción impetrada se reclamara –y se concediera- un monto en concepto de la incapacidad sobreviniente.

En tal sentido, y siguiendo el hilo conductor de mi análisis, debe tenerse en cuenta que "La afectación

de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso" (CCiv. y Com. Morón, Sala 2da., 23/10/84, JA, 1985-I646).

Es por ello que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico.

Ahora, desde un punto de vista estrictamente ontológico, vale la pena transcribir la lúcida observación de Matilde Zavala de González cuando sostiene que no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, del bien o del interés de la víctima (Zavala de González, Matilde, obra citada, pág. 73). Y esto último es lo indemnizable.

En efecto, coincido con destacada doctrina que afirma que lo que se indemniza son las secuelas de las lesiones y no las lesiones en sí mismas, resultando de aplicación el principio sustentado por la jurisprudencia respecto a que en el caso de lesiones el monto indemnizatorio se determina sobre la base de las secuelas y no a las lesiones en sí (Highton, Elena "Accidentes de tránsito. Daño Resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las

personas, desde la óptica de los jueces", en "Accidentes de Tránsito"-II, T. 2, pág. 62 y sig., edit. Rubinzal Culzoni).

La incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Se aprecia en miras de lo funcional, pero el origen puede ser anatómico, fisiológico o una combinación de ambos (*cf*. Zavala de González, Matilde, obra citada, pág. 289). En efecto, procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades, no solamente en lo laboral o productiva, sino también en lo social, cultural,

deportivo y aún en lo individual.

La amplitud de la concepción argentina de la incapacidad sobreviniente prevista en el art. 1086 del Código Civil incluye e incorpora los dos aspectos, estáticos y dinámicos. Subsume la fase "estática" del daño a la persona (el mentado daño biológico de la legislación italiana), en cuanto alude al resarcimiento por la aptitud física o psíquica tronchada pero que carece de repercusión patrimonial concreta y específica, y también la fase "dinámica", o sea, la actividad productiva o generadora de ingresos, personales o familiares.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Más, a no dudar, en todos los casos, y al igual que en cualquier hipótesis lesiva de la integridad personal, debe tenerse en cuenta que la incapacidad no es el daño, sino la causa jurídica de los daños a reconocer. Sentado el precepto, corresponde en este punto advertir que, en idéntica manera en que repercute cualquier otro menoscabo a la intangibilidad psicofísica de la persona –de la que hemos venido hablando en nuestro

hilo argumental– la incapacidad sobreviniente no es resarcible *per se*, como rubro autónomo del daño moral y del patrimonial indirecto que puede implicar.

El tema aquí, en orden a dilucidar la cuestión, y por tanto determinar la existencia o no de incapacidad sobreviniente en el caso, transita en principio la senda de la actividad probatoria, esto es, si alguna incapacidad, -permítaseme la reiteración del vocablo– que merezca ser resarcida ha sido demostrada con la prueba rendida. De allí, como correspondería indemnizarla –el *quantum*-. Más, en consonancia con lo que dijera antes, lo que deberá computarse a tal efecto, es decir en razón de la disminución sufrida por la víctima es, por un lado, el disvalioso desequilibrio espiritual que la invalidez representa –llámese daño moral-, por otro, las erogaciones que demanda la incapacitación –vale decir el llamado daño emergente- y, por último, las ganancias dejadas de percibir o afectación de las actividades productivas de la persona –lucro cesante-.

Entonces, en primer lugar en la esfera patrimonial y en relación con el reconocimiento de los gastos terapéuticos. Dijo el demandante en su presentación: “En base a la jurisprudencia de nuestro fuero local, me veo impedido de reclamarlos” (sic). Luego, si no los reclamó, mal puede el juzgador haberlos concedido so pena de violar el elemental principio de congruencia, el que al decir de Guasp importa “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno

de los cuales es la sentencia misma, y más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso" (Guasp, "Derecho Procesal Civil", T.1 pág. 517; Loutayf Ranea, "Principio dispositivo", en Centro de Estudios Procesales de Rosario; "Revista de Estudios Procesales", 1972, nº 12, pág. 25). Tales fundamentos dan la razón sobre el particular al apelante.

Respecto de los gastos terapéuticos futuros, la pericia psicológica obrante a fs. 339/346 da cuenta de la estimación del gasto del tratamiento al que deberá someterse el actor. Idénticos argumentos a los empleados al momento de impugnarla en la instancia, son los que ahora utilizan los recurrentes en su intento por desvirtuar el monto concedido. Si bien los mismos no alcanzan a conmover lo decidido, cierto es que por lo que he resuelto antes, determinaré por el rubro una indemnización de $12.600.

En lo que hace al lucro cesante, a mi juicio ninguna de las testimoniales rendidas da cuenta en concreto de una actividad lucrativa que fuera desarrollada por el actor. Ambas declaraciones corresponden a los progenitores de la concubina de aquel. Por su parte la señora González dijo "hacía albañilería, era albañil, otro trabajo igual hacía, yo no tengo mucho contacto porque trabajo todo el día…" (fs. 302 vta.), y el Sr. A. declaró: "él trabajos eventuales hace porque es desempleado…" (fs. 304). Nada suman a favor de la postura del actor los presupuestos de fs. 97/99.

MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara

Como lo sostiene Zavala de González, el derecho de daños debe manejarse con una visión realista, por lo que el principio de certeza del perjuicio no puede estar

ausente. No debe condenarse a resarcir un daño inexistente, aunque tampoco quepa exigir una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa, lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud. Pues bien, tratándose de un daño patrimonial, la perspectiva productiva resulta esencial (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a la persona", T.2ª, págs. 317/318, Hammurabi).

Así, "el núcleo del concepto del lucro cesante resarcible lo constituye la pérdida de ganancias para el afectado que se origina en la imposibilidad de continuar realizando la actividad rentable que efectuaba con anterioridad al hecho y a causa precisamente de este, por lo que la sustancia de la prueba está dirigida a demostrar que actividades o acciones venía el perjudicado realizando antes y no pudo continuar después" (STJ Chubut, 6/10/80, JA, 1981III-624)

Advierto en el caso que el actor se hallaba desempleado, y que eventualmente hacía algún trabajo vinculado a la albañilería, más aquí no se ha probado que tuviera una pérdida normal de ingresos que tuviera como causa adecuada el accidente. El lucro cesante debe valorarse en concreto, como cualquier otro daño, y aquí ello no ha ocurrido por lo que concluyo que debe rechazarse el reclamo, pues ninguna ganancia ha dejado de percibirse.

Respecto ahora del daño moral o extrapatrimonial. Es oportuno recordar a esta altura que no corresponde establecer una indemnización sobre la base de módulos de cálculos económico financieros que relacionen porcentajes de incapacidad con rentas presuntas, es decir, la incapacidad física no produce, por sí misma, un preciso traslado a guarismos económicos. Al tratarse de porcentajes de incapacidad, el monto no aflora sino

que es el juzgador el que debe fijarlo al evaluar las secuelas de las dolencias padecidas: en otros términos, el monto no está porque no puede estarlo, lo que emerge es la incapacidad, evaluable luego en dinero (*cf*. autos "Thesz, Roberto y otros c/ Constanzo, José s/ sumario", del 27-7-83, citado por la CNCiv., sala H, 3-6-92 en autos "Baduan de Di Tulio, Lidia Alcira c/ Wagner, Santiago s/ sumario, expte. 99.940).

Sobre ese piso de marcha, atendiendo a la edad, sexo, aptitud laborativa, capacidad de progreso del damnificado resulta apropiado el monto de $20.000 otorgado por el sentenciante en concepto de daño extrapatrimonial (moral), el que debe reducirse a la mitad ($10.000) en virtud de la responsabilidad decretada. Respecto del que fuera otorgado como incapacidad sobreviniente -$90.000– corresponde sea dejado sin efecto desde que, como dijera, la incapacidad sobreviniente no representa un rubro autónomo que debe indemnizarse por si mismo, reitero, no es la incapacidad la que se indemniza, sino las consecuencias disvaliosas que de ella se derivan, tanto en la faz patrimonial como en la extrapatrimonial.

Por todo lo expuesto haré lugar parcialmente a los agravios de los apelantes estableciendo el monto indemnizatorio total en la suma

MARÍA FERNANDA ZANATTA Secretaria de Cámara

de $22.600, monto al que deberán adicionarse los intereses de acuerdo a lo estipulado en la sentencia de grado.

En relación con las costas del proceso, en atención al modo en que se resuelve, corresponde las mismas sean readecuadas a tenor de la letra del art. 282 del código de rito. Así, y habiendo progresado parcialmente la acción habré de imponerlas en el orden causado (arts. 69 y 72 del CPCCCh). Por idéntica razón haré lo propio con las que corresponde a esta alzada.

Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

1) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por el demandado y la citada en garantía.

2) Revocar la sentencia de grado, admitiendo parcialmente la demanda y decretando la responsabilidad compartida en un 50% de actor y demandado en el accidente de tránsito acaecido el día 23 de mayo de 2009, en consecuencia condenando al Sr. O. E. B. a abonar al Sr. M. A. W., en el término de diez días de quedar firme el decisorio, la suma de pesos veintidós mil seiscientos ($22.600), monto correspondientes a los rubros gastos terapéuticos futuros y daño moral, con más los intereses conforme tasa activa del Banco Nación Argentina, calculados desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago. Hacer extensiva la condena a la firma S. R. C. L. en los límites del contrato.

3) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 69 y 72 CPCCCh).

4) Diferir la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

5) Tener presente la reserva del caso federal.A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 495/503, por la que procede la demanda y condena a la parte demandada O. E. B. a pagar en plazo de diez días a la parte actora M. A. W., la suma de $144.680,80, en concepto de daños terapéuticos, gastos médicos, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral. Rechaza el rubro daño material y hace extensiva la condena a S. B. R. C. L. hasta el límite del seguro e impone las costas a los demandados. Regula honorarios de los profesionales intervinientes.

La sentencia precedente, apelada por la parte demandada y la aseguradora, tratados los agravios y sus

contestaciones, presentan al acuerdo tras diversas discordancias, ciertas temáticas que hacen voto mayoritario.

En este marco, mis tres colegas votantes, combinadamente, conforman mayoría en cuatro materias. Por una parte, Dra. García Blanco y el Dr. Hayes, desestiman el criterio de la sentencia y declaran la culpa concurrente y por partes iguales; con lo que conforman el rubro gastos futuros por la suma de $12.600 y el daño moral por la suma de $10.000. Por otra parte, la Dra. Melero y el Dr. Hayes, considerando que el reclamo indemnizatorio por gastos terapéuticos no fueron demandados con los alcances que exige la ley para la debida conformación de la trama litigiosa, rechazan el rubro aludido.

Huelga señalar, en consecuencia, que las temáticas al respecto y su conclusión mayoritaria resultan decisorias, por lo que carece de virtualidad el pronunciamiento sobre tales puntos.

Quedan por lo tanto en el ámbito de pendencia otros daños y no se han de definir como discordancias - pues en sustancia se han producido votos concordantes con la sola variación de su extensión- los referidos por el fallo: el lucro cesante al

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

que hace lugar a fs. 500vta. por la suma de $14.500 y lo demandado por incapacidad sobreviniente, cuya procedencia la establece en la suma de $90.000.

Por el rubro lucro cesante, ya es sabido el agravio de las recurrentes por su inclusión en la sentencia, oponiendo básicamente la falta de acreditación del oficio de albañil por la actora y progresivamente la falta de acreditación de ingresos y finalmente una excesiva determinación del valor de ingreso mensual.

En sustancia, la procedencia indemnizatorio de este rubro tiene la concordancia de mis colegas de primera y segundo voto, ya que ambas rechazan los agravios de las

recurrentes; en cuanto a su monto, atento a la contribución culposa igualitaria del accidente que preside la decisión de este acuerdo, voto asimismo por la procedencia del 50% del lucro cesante, en razón que ambos conductores fueron distraídos en la producción del evento; prospera por la suma de $7.250.

Con todo, atento a las defensas de las recurrentes por mayores exigencias probatorias relativas a la acreditación de ingresos y acogerse valor excesivo, es claro como lo señala la Dra. Melero, no existe una exacta definición sobre la actividad laboral y los ingresos del actor W., como resulta de las declaraciones de los testigos M. C. G. (fs. 302/303vta.) y J. A. (fs. 304/305), pero se agrega en este voto, tampoco puede extraerse de sus testimonios que el mismo no trabajaba. González responde que en el momento estaba trabajando en una empresa, manejando una camioneta y con posterioridad hacía albañilería, que otro trabajo igual hacía; A., al referirse a la actividad laboral, responde que hacía trabajos eventuales, porque era desempleado, después agrega que trabajaba en una agencia de alquiler de vehículos, camionetas… Dentro de este marco determinada jurisprudencia ha denegado el reconocimiento al lucro cesante, pero que ha motivado la observación señera del maestro Carlos A. Ghersi. Ello, en el comentario a fallo que realiza en J.A. 1997-III-266, aportando elementos económicos respecto al problema; decía el referente que se perdía la oportunidad de plasmar la economía social de los trabajadores ambulantes, a destajo o simplemente en negro; que normalmente no contarán con documentación ni testigos precisos; en un sistema donde nadie puede vivir sin trabajar, “aun cuando sea realizando changas o en negro”, la facultad judicial no solo podía, sino “debía” incorporar elementos objetivos, estadísticas de “canastas básicas” o simplemente el salario mínimo, vital y móvil. La conclusión no debía quedarse en el

derecho forma, propio de la dogmática constructivista, lo que terminaba favoreciendo a los dañadores.

Es propio destacar en consecuencia el criterio favorable que resulta de los votos de la Dra. García Blanco y Dra. Melero, donde incluso se funda esta última como guía indiciaria en el salario vital, mínimo y móvil, que excluye todo exceso en la cuantificación, con lo que en definitiva y conforme el presente voto, prospera el rubro por el monto ya señalado.

En cuanto al ámbito indemnizatorio por incapacidad sobreviniente, tanto el voto de la Dra. Melero funda el rechazo de los agravios de las recurrentes y confirma lo acordado en el fallo por la suma de $90.000; como en el mismo sentido la Dra. García Blanco, analiza los recursos, los rechaza y conforme con su concepción, da curso a la indemnización del mismo daño por incapacidad sobreviniente, pero hasta el 50%.

La lógica indica que hasta el 50%, ello es la suma de $45.000, se confirma la procedencia del daño parcial y permanente.

Agrego por este voto que el criterio es justo, desde que el propio fallo ha concluido que ambos conductores no guiaban con la atención debida (fs. 498vta., al final). Por lo demás, los recurrentes reconocen que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, son valiosos elementos referenciales y no sujeta la determinación a cálculos matemáticos, que son

los criterios de la sentencia. Asimismo, agregan, que tampoco es menos cierto que la incapacidad sobreviniente debe evaluarse en consideración a las circunstancias reales de la persona afectada, contraponiendo entonces que del desarrollo del expediente no surge disminución alguna en cuanto a su vida social, profesional,

cultural, deportiva o individual, tales argumentos de defensa no resultan demostración que debe modificarse la sustancia del daño en la perspectiva de la sentencia.

Son parámetros suficientes, pues procuran el resarcimiento de una incapacidad sobreviniente parcial y permanente del 15% del actor, 27 años de edad, con lo que dice con razón, tiene por efecto desminuir la capacidad vital, con referencia a la actividad de la albañilería, pero conceptos comprensivos une a las demás constancias de autos y no se atiene a cálculos matemáticos, sino determina el monto en forma equitativa (fs. 501vta.). Precisamente a la jurisprudencia citada por las recurrentes, se agrega que el Juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (*cf*. CNac.Civil Sala F., dic.12-2000, "González, Roberto Hugo c. Asociación del Fútbol Argentino s/ daños y perjuicios", en E.D., T.193-144).

Por otra parte no puede desconocerse y la propia alegante no lo hace, que una disminución parcial y permanente disminuye la capacidad vital de la víctima como lo define la sentencia, incide en sus posibilidades genéricas, sin que requiera como se agravia la prueba específica de casos de frustración de lo doméstico o en lo social, pues se presumen a partir del daño sufrido a la integridad física (*cf*. args. "Accidentes de automotores", Alicia L. Giannio de Rognoni, ed. Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, pág.122 y ss., nros. 671, 672, 673, 676, 696).

Costas: El modo de imposición de las costas no concilia ninguna composición, estimando que por el carácter indemnizatorio del juicio, es básico que en primera y segunda instancia se apliquen a la parte demandada que ha debido accionar para el reconocimiento de su derecho, siendo que la accionada peticionó el rechazo total en la demanda inicial (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico), con lo que aproximo mi voto al de la Dra. Susana Melero, que distribuye en los

porcentuales que señala (art. 69 1ra y 2da. parte Ley XIII N° 5 cit.

Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, arts. 5, 6, 8, 9, más art. 13 en la alzada, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado

Tratadas en definitiva las cuestiones en función de la integración y montos resultantes de los del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Parcialmente en los términos del voto de la Dra. García Blanco; se haga lugar a la demanda, pero excluyendo el rubro monto por gastos terapéuticos ($4.000), con lo que el monto de condena es de $68.340,40, con los restantes alcances de dicho voto, con salvedad de las costas, que se aplicarán conforme con el de la Dra. Melero. La regulación de honorarios de conformidad con el considerando respectivo a determinar en el acuerdo. Se tendrá presente la reserva del caso federal de fs. 537vta.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada y la tercera citada S. B. R. C. L..

2) Modificar la sentencia de grado de fs. 495/501vta. en lo siguiente: declarar la responsabilidad compartida en un cincuenta por ciento (50%) de actor y demandado en el accidente de tránsito ocurrido el 23 de mayo de 2009, según los considerandos respectivos, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda, y condenar al Sr. O. E. B. (propietario del vehículo), a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente, al Sr. M. A. W., la suma de sesenta y ocho mil trescientos cuarenta pesos con cuarenta centavos ($68.340,40), en concepto de gastos médicos, gastos causídicos, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral, con más los intereses hasta su efectivo

pago. Hacer extensiva la condena a la aseguradora Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada en los límites del contrato.

3) Imponer las costas de ambas instancias en un noventa por ciento (90%) a las codemandadas y en un diez por ciento (10%) al actor.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. I. A. V. en el dieciocho por ciento (18%), al Dr. M. H. P. D. en el quince por ciento (15%), al perito psicólogo J. M. F. M. en el tres por ciento (3%) y al perito ingeniero R. C. V. en el tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. I. A. V. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. M. H. P. D. en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presente la reserva del caso federal.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

NÉLIDA SUSANA MELERO
Jueza de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"