En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Julio Antonio Alexandre, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., S. S. c/ G., J. C. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 562/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la localidad de Sarmiento (expte. nro. 255/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 429), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 336/344? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

El juez de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. S. S. H. contra los seño-res J. C. G., A. G., P. D. Y., D. F., L. I. G., R. S. y V. E. J. y, en consecuencia los condenó, en forma solidaria, a abonarle la suma de pesos un millón setecientos diecisiete mil, en concepto de daño patrimonial y extrapatrimonial, con más intereses.

Las costas fueron impuestas a los demandados vencidos y los honorarios regulados en porcentuales.

2. El recurso:

La parte demandada apeló a fs. 357, el recurso fue concedido a fs. 358 y los agravios expresados a fs. 409/419.

Concretamente, los recurrentes se agravian por el derecho aplicado; luego tachan el fallo de incongruente; bajo el título "La presunta responsabilidad solidaria solo de los demandados" cuestionan la falta de valoración de la conducta de la víctima en la producción del evento dañoso. Seguidamente, sostienen que no concurren los presupuestos de la responsabilidad civil y por último impugna la cuantificación de los daños. Plantea el caso federal.

El actor contesta los agravios sosteniendo la lógica del fallo y solicitando el rechazo del recurso.

3. Tratamiento de los agravios:

Los agravios interpuestos por los demandados serán tratados en el orden en que han sido propuestos.

- El derecho aplicable:

El encuadre normativo de las cuestiones sometidas a debate es un aspecto sustancial de la litis que debe ser claramente establecido.

El juez de grado no ha dado en forma explícita los fundamentos normativos de la decisión y la única referencia normativa es al novel ordenamiento, de modo tal que la queja es atendible. Ello por cuanto en el caso bajo examen, el hecho ilícito se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal y tal extremo es dirimente en orden al derecho aplicable.

Así, en diversos pronunciamientos he sostenido que frente al cambio de las normas de fondo y ante el acaecimiento anterior de los hechos dañosos, era pertinente señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho

ilícito (*cf*. Sentencia Definitiva N° 39/2015, CyC del 16/11/15, entre otras).

Ello por cuanto el artículo 7° del nuevo Código, que guarda simetría con el anterior artículo 3° del Código Civil, regula la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Asimismo, las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato, atento a que, como principio general, las leyes no tienen efecto retroactivo.

Con base en lo expuesto, fácil es colegir que el análisis normativo de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil con base en las previsiones del nuevo ordenamiento no puede ser validado, puesto que la ley que ha fijado las condiciones de la obligación de resarcir es la vigente al momento del hecho ilícito.

Huelga recordar que, como señala la doctrina, no se encuentra discutido que las leyes que gobiernan la constitución de una situación o relación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las ya constituidas (Sáenz, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el derecho de daños", RCCyC 2015, diciembre, 148; con cita de K. C., Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 34; Rivera, Julio C., "Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", LL del 04/05/2015, p. 1; Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y

principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL 2012-C-581).

En consecuencia y sin perjuicio de señalar que no existen diferencias estructurales en la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad civil, las condiciones del deber de resarcir el daño ocasionado, atento a la ocurrencia temporal del hecho ilícito, quedan de-terminadas por las reglas de responsabilidad del Código Civil de Vélez Sarsfield, tal como se verá.

- La pretendida incongruencia:

Los recurrentes tachan de incongruente al fallo, ya que por un lado sostiene que la responsabilidad colectiva atribuida tiene carácter subsidiaria y provisional hasta tanto se determine la identidad del causante y por otro se condena solidariamente a todos los demandados.

La crítica parcial es insuficiente, ya que no se ha cuestionado el encuadre de la situación jurídica planteada en el marco de la
responsabilidad colectiva con los consiguientes efectos jurídicos que de tal calificación se derivan.

En ese orden de ideas, destaco que al contestar la demanda, expresamente se ha reconocido la existencia de una gresca o riña a la salida del local bailable o "boliche" –fs. 72-. Este extremo, además, está debidamente acreditada, como así también la posterior "lluvia" de piedras contra el actor que le generaron como era previsible lesiones físicas incapacitantes. Ello tal como resulta del legajo fiscal que ha sido incorporado como prueba instrumental a este proceso y que debe ser valorado en un todo de acuerdo con las previsiones de la ley adjetiva civil.

Así las cosas, se encuentra debidamente acreditado que en el desarrollo de la pelea, accionó un grupo de personas que tiraron piedras, una de las cuales impactó en su cabeza y lo derribó, continuando con los golpes a puntapiés. En estos lamentables supuestos "Los arts. 95 del Cód. Penal y 1119 y 1121 del Cód. Civil ensamblados

por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que se actúa siempre que concurren los siguientes requisitos: a) falta de individualización del autor del daño o de la cosa dañosa, b) participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo, c) relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo, d) exclusión de responsabilidad para quien pruebe que aun participando en la acción del grupo no causó el daño" (SCBA, Ac 94618 S 11-4-2007).

Justamente, esta es la construcción lógica del fallo condenatorio que expresamente sostiene que en el caso bajo examen estamos ante un caso de responsabilidad colectiva. Huelga reiterar que esta "se tipifica cuando se ha producido por una u otra persona del grupo o grupos, y no resulta posible probar quién fue el "autor" del hecho. Y he aquí, que en este caso de responsabilidad grupal, el hecho dañoso de uno o algunos de los integrantes del grupo hace responsable a todos, lo cual encuentra sustento en la idea de solidaridad, inspirada en el posible criterio de proteger a quienes necesitan como damnificados que se repare el daño" (Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, 2da. edición Bs. As. 1973, pág. 470).

Incluso, es imposible soslayar que del mentado legajo resulta que el pedido de suspensión del juicio a prueba efectuado por los aquí demandados, imputados en sede penal, tiene como presupuesto básico y sistemáticamente lógico la verificación de suficientes

elementos de convicción sobre la materialidad del hecho; es decir la riña.

Ello sin perjuicio de destacar que la concesión de la *probation* no implica presunción de responsabilidad (Alferillo, Pascual, "Efectos de la suspensión del juicio a prueba –*probation*- en el proceso civil", DJ 2001-3,1062. Es que "…la ley hace referencia a que no implica confesión o reconocimiento de responsabilidad, lo que significa que al formular el pedido no se admite como acreditada la existencia de relación de causalidad adecuada, ni se acepta como probado el factor de atribución. De igual modo, la cuantía dineraria de la promesa de resarcimiento hecha por el imputado no significa un reconocimiento de la existencia del daño, ni de su dimensión..." (Highton Elena, "La suspensión del juicio a prueba –*probation*- y el proceso civil", RDD 2002-3).

En definitiva, el alegado vicio de incongruencia no se verifica puesto que el daño a la integridad psicofísica del actor efectivamente se produjo y la imposibilidad de individualizar a un responsable singular no impide la condena a resarcir a los que han tenido vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y/lugar de las cuales ese perjuicio derivó, en el marco de la responsabilidad colectiva (*cf*. López Cabana Roberto M. y Lloveras, Néstor Luis, "Responsabilidad Co-lectiva. Pautas para su Aplicación en el Derecho Civil Argentino", E. D. 48,pág. 799). Este tipo de responsabilidad justamente nos coloca en el ámbito de la solidaridad, de modo tal que la condena no es errónea como se pretende.

En la materia, la doctrina destaca la importancia, como antecedente, de la norma penal que sanciona el denominado delito de riña: "El instituto de la causalidad alternativa constituye en cierta forma un modelo jurídico de Derecho Civil que se corresponde con el delito de riña del Derecho Penal (...) importa como

situación creada, que es una situación de confusión 'que extiende el peligro del hecho'. De donde resulta que quienes participaron en la riña, como integrantes del grupo, todos sin distinción, en la etapa previa a la producción del homicidio o de las lesiones, participan de un quehacer típicamente peligroso. Esa es la razón para hablar de un complicidad generalizada, al menos mientras se mantenga el anonimato" (Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", To. VI, "Responsabilidad colectiva", p. 99 y ss).

La crítica respecto a la condena solidaria tampoco puede prosperar, puesto que tal es el modo en que deben responder los integrantes del grupo. El despacho de la Comisión N° 5 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario, año 2013, expresa textualmente en el punto 13: "Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo". Es decir, la doctrina nacional avala largamente el criterio consagrado por el magistrado de la anterior instancia.

Por las razones expuestas propongo el rechazo del agravio.

- La conducta de la víctima:

Los recurrentes pretenden introducir en esta instancia cuestiones que no fueron propuestas al juez de grado.

En efecto, más allá del notable esfuerzo de la actual representante legal de los recurrentes lo cierto es que la sorprendente debilidad intrínseca de la contestación de la demanda impide desde lo formal el

actual planteo. Es que como bien lo ha sostenido el juez de grado, únicamente se ha puntualizado la falta de relación causal –capítulo IV del responde, fs. 72- y de un modo confuso y carente de técnica jurídica –ver argumentos de fs. 73-, reconociendo incluso el encuadre jurídico dentro de los denominados daños en riña.

En este contexto procesal, el planteo de la eximente ora parcial ora total de responsabilidad que el agravio contiene no es admisible con base en las previsiones del artículo 281 del CPCCC ya citado.

Por las razones expuestas propongo el rechazo del tercer agravio.

- Los presupuestos de la responsabilidad civil:

Los recurrentes sostienen que en el caso no concurren los presupuestos de la responsabilidad civil con base en hipótesis que no tienen andamiaje desde el punto de vista formal y sustancial.

Así, las observaciones efectuadas en el punto anterior respecto a la introducción de planteos no propuestos al juez de grado son plenamente aplicables a este agravio. Sin perjuicio de ello, he de señalar que los presupuestos comunes del sistema unitario de la responsabilidad civil, también se dan en el caso, más allá de su encuadre en el marco de la responsabilidad colectiva. Así, la antijuridicidad, es decir, el comportamiento antijurídico se desprende de la participación activa de todos los demandados en el grupo, con un quehacer riesgoso con menosprecio del resultado]; b) el factor de atribución es subjetivo –tal como fue de-mandado- y todos los miembros del grupo participan de la culpa del conjunto; c) el daño a la integridad física del actor ha sido debidamente probado y la relación de causalidad también. Ello en tanto los mentados daños físicos se encuentran en relación causal adecuada con la acción del conjunto a título de consecuencia mediata pero perfectamente previsible

según las reglas de la experiencia y normal cálculo de probabilidades (*cf*. Mosset Iturraspe, Jorge, "Daños Causados por un Miembro no Identificado de un Grupo Determinado", J.A. Sección Doctrina, año 1973). Es que si arrojo piedras a la cabeza de una persona, conforme el orden natural de las cosas, le generará a la persona agredida lesiones de envergadura en función del tamaño y peso de la mismas.

Por las razones dadas, propicio el rechazo del agravio.

- Los montos indemnizatorios:

Los demandados cuestionan la cuantificación de todas las partidas indemnizatorias que integran el resarcimiento otorgado.

La queja no logra demostrar que los diferentes montos otorgados sean irrazonables en función de la ponderación efectuada por el juez de grado para cada partida, salvo en el caso de la incapacidad sobreviniente.

En efecto, el magistrado ha tomado como elemento nuclear del cálculo, el ingreso mensual denunciado al promover la demanda bajo el argumento formal de falta de negación al contestar la demanda. En realidad, tal omisión no se verifica puesto que se negó expresamente la existencia de incapacidad sobreviniente y su monto como así también la liquidación –fs. 71-.

En este contexto, adquiere relevancia la orfandad probatoria que a los fines de la estimación y tasación de los daños se han puesto de relieve en el fallo. Es que la carga procesal de probar la entidad del daño pesaba sobre el actor.

Es decir, debía el actor acreditar el grado de in-

capacidad y sus ingresos a fin de lograr un resarcimiento adecuado a esa realidad. El necesario aporte cognoscitivo exigible en función de lo expuesto estuvo ausente y la prueba colectada en sede penal demuestra que las tareas rurales que el actor sostiene desempeñaba no son remuneradas con las sumas que ha consignado en el escrito inicial y que el juez ha tomado como punto de partida del cálculo.

En efecto, los informes sociales N° 246, 249, 253, 255, 248 y 247 efectuados en sede penal y glosados en el orden cronológico reseñado en este proceso dan cuenta de que los salarios de los peones rurales de la zona asciende a $3.000 mensuales o $250 o $300 (un solo caso) diarios –fs. 163/175-. Es decir, sumas sustancialmente inferiores a la de pesos diez mil mensuales adoptada para el cálculo.

Con bases en estas razones, considero que no existe motivo alguno que autorice al apartamiento de la pretensión inicial del actor; esto es la cuantificación de la incapacidad sobreviniente en la suma de pesos doscientos noventa mil. Es que dicha cuantificación se sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse y lo cierto es que no se ha producido prueba alguna que avale un monto superior.

Por las razones dadas, considero que corresponde la revisión del monto de condena por este concepto el que se fija en la suma reclamada y ya individualizada.

La crítica respecto a la cuantificación del daño moral carece de entidad para fundar un pronunciamiento distinto en tanto solo demuestra la disconformidad con el monto fijado y por lo tanto, no rebate en forma concreta los fundamentos del fallo.

Por las razones expuestas prospera en forma parcial el agravio y corresponde la modificación del monto de condena el que se fija en la suma de pesos setecientos cincuenta y tres mil ochocientos.

4. Costas y honorarios:

Las imposición de costas en primera instancia no ha de ser revisada en tanto no se ha modificado el carácter de vencida en lo sustancial de la parte demandada. Por esta misma razón, es decir, por aplicación del principio general de la derrota, propongo que las costas de esta instancia sean impuestas a la parte demandada.

Los honorarios de la anterior instancia no serán readecuados por dos razones; primero, la modificación del monto de condena que he propuesto no incide en la calidad de vencido y segundo, fueron determinados en porcentuales.

Los honorarios de esta instancia deben ser regulados de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelarias y por aplicación de las escalas específicas del articulo 13 del ordenamiento citado. Por ello propongo sean establecidos a favor de la letrada de la parte demandada en un 26% y de la parte actora en un 28% en ambos supuestos a calcular sobre los que le correspondan en la anterior instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1) Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2) Revocar parcialmente el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, estableciendo el monto de condena en la suma de pesos setecientos cincuenta y tres mil ochocientos con más los intereses conforme fueron ordenados.

3) Costas de esta instancia a la parte demandada.

4) Regular los honorarios del modo propuesto.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 418vta.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 336/344, por la que procede la demanda interpuesta `por S. S. H. contra los codemandados J. C. G., A. G., P. D. Y., D. F., L. I. G., R. S. y V. E. J., por la que se los condena solidariamente al pago de la suma de $1.717.000, con más intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, por los rubros daño emergente, gastos de traslado, incapacidad sobreviniente y daño moral. Impone las costas a los codemandados, regula los honorarios en porcentuales conforme a los considerandos.

Apelan los codemandados a fs. 357, bajo nuevo apoderamiento letrado –la Defensa Pública– y el recurso se concede a fs. 358. La parte actora consiente la sentencia.

Los agravios se exponen a fs. 409/419, con el material recursivo que se expone en el presente acuerdo, donde pasan los conceptos nucleares por o la aplicación del derecho de fondo del nuevo Código Civil (punto 1), en razón que la sentencia recepta que se trata de un suceso obrado por un accionar humano colectivo, dentro de un grupo indeterminado de personas; la presunta responsabilidad solidaria solo de los codemandados; la insuficiencia de los elementos componentes de la responsabilidad civil y la insuficiente ponderación de los daños componentes necesarios. Reserva el caso federal.

Los agravios se contestan a fs. 421/426vta. por la parte actora y peticiona el rechazo de los mismos.

Tratamiento de los agravios de las partes codemandadas.

Consideran de inicio un perjuicio la recurrencia de la sentencia a normas previstas en el nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26994), vigente a partir del 1 de agosto de 2015 (Ley 27077), con el art. 1762, de la que se señala no cuenta con antecedentes en el Código

Velezano. Cita doctrina y afirma que el hecho que motiva el ilícito planteado, la configuración del ilícito, el nacimiento de la obligación y el
resarcimiento se rigen por las normas vigentes al momento del acto lesivo.

No señala la sentencia dictada las razones para aplicar de lleno el CCyC vigente, ya que el hecho que implica a los codemandados ocurre como lo relata a fs. 337vta., en el mes de octubre de 2012, quedando sujeto al Código Civil de Vélez Sarsfield por lógica aplicación del principio que los hechos cumplidos se consideran regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron. Son las expresiones comunes que se utilizaron con motivo de la aplicación del CCyC, con la difundida controversia interpretativa que se motivara por el Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de esta Provincia del Chubut, por el comentario de la Dra. Aída K. C. en L.L. *on line*
AR/DOC/133072015 y a su vez el sobrecomentario del Dr. Julio César Rivera – L.L. Bs.As. Argentina 4/5/2015, N80, ISSN 0024-1636. Frente a las mismas, el estudio de la Dra. N. S. C., abogada graduada con diploma de honor de la Facultad de Derecho (UBA), entiende que se había generado una controversia inexistente abordando las supuestas diferencias, ya que si bien el plenario aludido concluye que "una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Código Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias de grado habrán de revisarse con los mismos ordenamientos, aclara en los considerandos que se refiere a "aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se

agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella" y termina "redondeando la idea" con cita de Llambias, explicando que las consecuencias de la relación jurídica ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley quedan gobernadas por ésta, no así las ya producidas.

Esta última circunstancia corresponde a la de autos, con lo que ha de regir en plenitud el art. 7 CCyC, similar al art. 3 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Con ello el hecho de autos, ocurrido y consumado con el Código Civil anterior y sus consecuencias agotadas con el mismo, al decir de la Dra. K. C., si el hecho ilícito que causó daño ocurrió con anterioridad a agosto de 2015, se aplica el Código Civil se haya o no iniciado juicio.

Por lo expuesto y como se señala en el presente acuerdo, debe reenfocarse el caso de autos bajo la óptica del Código Civil entonces vigente al ocurrimiento del hecho y con lo que se hace lugar al agravio sobre el punto.

En cuanto por el segundo y tercer agravio, sostiene la recurrente la incongruencia del fallo atacado y que surge palmario que todos los miembros del grupo arrojaban piedras, por lo que aún el actor y sus hijos se hallan involucrados.

Son dos agravios que comprenden similar defensa, porque reconoce un accionar humano colectivo de carácter lesivo por miembro no individualizado y luego, el mismo hecho, la existencia de pluriparticipación, pero involucrando la propia responsabilidad de la víctima y sus hijos.

Con tal trama litigiosa, es evidente en consecuencia la existencia de la llamada riña entre dos grupos antagónicos, se trata de una gresca multitudinaria como contesta la demandada a fs. 72, donde "lamentablemente el actor fue dañado", pero donde se desconoce cuál de los intervinientes es el autor.

Precisamente el actor fue gravemente dañado, debe decirse, pero desde ya resulta improponible la responsabilidad que se asigna a los propios hijos del actor, cuestión no opuesta en dicha contestación.

Por lo demás, la recurrente considera incongruente una responsabilidad provisional que cedería de determinarse el autor, para lo que se ha echado mano –crítica- del art. 1762 del CCyC vigente. Pero establecido que no correspondía la aplicación de la norma citada y sí el encuadramiento con la normativa civil anterior, no está inerme esta frente a hechos lesivos similares. Ello, porque la integridad del derecho inspiraba en principio la analogía de enfoque proveniente del derecho penal, donde frente a un accionar conjunto de individuos productor de ofensas dañosas sin que conste quien sea el autor, todos eran considerados punibles (art. 95 C.P.). Con ello, el art. 1109 y la inteligencia del art. 1121, es sabido el enfoque resolutivo con el que se resolvieron la individualización de los ofensores en acción de hecho conjunta de envergadura similar para la producción de los daños al ofendido, sin que pueda probarse el causante individual directo del daño. Y es lo que ilustra mi colega de primer voto con el fallo citado de la SCBA, donde el Sr. Juez Roncoroni asienta que se está frente a una categoría de responsabilidad colectiva que se denomina “causalidad alternativa”, que se tipifica cuando se ha producido por una u otra persona y no resulta posible probar quién fue el “autor” del hecho, lo que hace responsable a todos.

Los acontecimientos precedentes que desembocan finalmente en la riña, destacado por la apelante como una actitud concurrente y equivalente del actor, o que a su vez era portador de un arma blanca, no resultan eximentes frente al número y superioridad de los atacantes en la prosecución del ataque fuera del lugar del establecimiento de reunión, con clara definición de una persona agredida y un grupo que aprovechando la superioridad numérica, hieren y doblegan hasta la indefensión a la víctima H., y a raíz de los golpes, con pérdida de la visión de uno de los ojos.

Se rechazan por lo expuesto los agravios señalados.

4. De los elementos de la responsabilidad civil y su ausencia en el caso de marras.

La mención doctrinaria de los presupuestos de la responsabilidad civil y el principio de no dañar, conllevan la afirmación a continuación que se ha probado someramente la configuración del hecho lesivo o daño y el nexo de causalidad entre aquel hecho y el daño inferido. Señala a continuación las circunstancias sobre los daño graves sufrido por el actor H. al ser internado en el Hospital Rural de Alto Río Senguer (fs. 413, últ. párr.) y la necesidad de ser trasladado al Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, con lo que se llega luego de la interconsulta oftalmológica e intervención quirúrgica a la evisceración del ojo izquierdo.

Con ello señala la apelante que hasta aquí se encuentra probado el factor de atribución del daño y el nexo de causalidad.

Pero pone a continuación en tela de juicio que los demandados resultan seleccionados por la actora, siete en total, cuando la policía al intervenir ve aproximadamente un grupo de 20 personas que se dispersan, con lo que resulta arbitraria tal limitación que dan cuenta de la participación al menos de veinte personas; que desconociendo la identidad de las demás, las elegidas son las únicas que a su criterio son autoras en forma conjunta, las que bien podrían ser asimismo las

no identificadas. Por lo demás vuelve a insistir respecto a una conducta activa del actor, cuestionamientos estos últimos
resueltos precedentemente frente al epílogo dañoso en un marco de indefensión de la víctima.

Respecto al factor de atribución y el nexo vinculante, es propio de la naturaleza del hecho donde se desconoce el autor individual directo, que la ley imputa corresponde al grupo; nace en el Código Civil del art. 1119 y se mira del lado de la víctima, a la que no le resulta exigible la individualización del integrante del grupo de donde provino el daño concreto. La ley presume a los integrantes del grupo responsables del daño (Trigo Represas – López Mesa, "Tratado de responsabilidad civil", T.IV, La Ley 2004, pág.287). Al punto concurren distintas teorías que justifican las razones de la responsabilidad colectiva, una, la actitud del grupo importa el ejercicio abusivo de la conducta de agruparse, por otra, comportan un riesgo creado fundado en el art. 1113 C.C. Respecto a la supuesta elección arbitraria de los componentes del grupo, en tanto se afirma un conjunto de mayor número, por la misma razón que no le resulta exigible señalar al individuo del grupo dada una responsabilidad colectiva, tampoco le resulta oponible que deba demandar a mayor número de la supuesta responsabilidad colectiva –tanto por la realidad de los circunstantes, se dispersaban al llegar la policía– en tanto los que los que puede individualizar la actora caracterizan el cuasidelito cometido por "muchos", con agresión concebida de las que deriva la solidaridad de los denunciados.

Por lo expuesto, se rechaza el cuarto agravio.

5. Sobre la ponderación de los daños y su falta de motivación.

Considera arbitraria la cuantificación de los daños. Objeta en forma particularizada los gastos y necesidad de medicamentos reclamados por la accionante en el Consideran III, contraponiendo que el médico oftalmólogo no indicó que el tratamiento del paciente será crónico, ello por cuanto la sentencia recepta un medicamento que debe aplicarse de por vida. Objeta además el rubro gastos por traslado, pese a las observaciones del fallo que prevenía que el defecto de la prueba atentaba contra la procedencia de lo invocado. Impugna después la indemnización por incapacidad sobreviniente y sostiene que la incapacidad resultó transitoria, ya que con posterioridad a los hechos, H. siguió desempeñándose de la misma manera. Señala que al actor le fue negado el certificado de discapacidad, resalta cuando el fallo expresa que solo se demuestra la existencia del hecho lesivo (fs. 416vta, al final).

La exposición de la recurrente respecto al considerando III de fs. 339, formula en principio un repaso de lo reclamado por gastos terapéuticos, que indican la procedencia de los valores que señala determinados por la sentencia para la prótesis ocular y su relación con el valor de los anteojos, sin menoscabos sobre el particular. Objeta sí, la concepción del fallo al receptar que el tratamiento ocular de un medicamento será “de por vida”, contraponiendo que el médico oftalmólogo a fs. 282 no indica que el tratamiento será crónico.

A la objeción planteada debe señalarse que nada indica que solo una dolencia crónica sea la lógica para un tratamiento de toda la vida, cuando la pérdida de una función, la del globo ocular y de la visión de carácter permanente, puede constituir un tratamiento similar. Pero a todo evento, la concepción de la sentencia se ajusta a derecho,

ya que la precisa afirmación de la posología de gotas para la vista de por vida afirmadas a fs. 6, no contuvo la precisa negativa de la parte demandada, no importando el cumplimiento del art. 360 inc. 1° Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico la mera negativa general de fs. 71.

En cuanto a los gastos de traslados, fundados a fs. 7 y circunstancias de gastos comprendidas de las estadías para la recuperación desde Alto Río Senguer hasta nuestra Ciudad, tiene asimismo la mera negativa, pero frente a la realidad de lo afirmado, las constancias de la H.C. de fs. 42/45, fs. 49, fs. 146/148, fs. 274/277, justifican el ejercicio por parte del sentenciante de las facultades estimatorias, sin perjuicio que en definitiva coincidan con lo inicialmente demandado.

Es en esta parte como lo señala mi colega preopinante, no se demuestra irrazonabilidad en las ponderaciones del sentenciante.

Sí alcanza como también se expone en este acuerdo, la queja a los montos por incapacidad sobreviniente, que por su importancia exigía mayor profusión probatoria.

Es claro que en todo caso, pese a la circunstancia apuntada, la evaluación de la sentencia discurre ampliamente respecto a la incapacidad sobreviniente, cuando como en el caso, la pérdida del globo ocular y consiguiente visión de uno de los ojos, es de una realidad que no puede sino suponer con certeza la pérdida de capacidades para producir bienes y servicios, como lo señala el juzgador, la existencia de un daño económico.

Frente al conjunto evaluatorio y la queja de la recurrente por atender la sentencia la mera afirmación de la accionante sobre una retribución para el cálculo

indemnizatorio respecto a la no confirmación de su monto, debe ajustarse la facultad del prudente arbitrio judicial a otro sector de sus referencias, la realización de tareas rurales en las que se desempeñaba la accionante e incluso su propia estimación del rubro.

Por ello, debe estarse en los términos de lo que en más o en menos resulte que preside la demanda, a la suma de $290.000 por incapacidad sobreviniente, tal como se peticiona a fs. 7.

El daño moral resultó debidamente fundado a fs. 7vta./9, contando con la mera negativa de las codemandas, en tanto la sentencia avalúa una suma de factores, de lógica concepción del sufrimiento espiritual que importa la pérdida de por vida de la función binocular.

La recurrente reconoce que el daño repercute negativamente en la emocionalidad de la persona, pero a continuación lo retacea porque el accionante no prueba la realización de tratamiento terapéutico, o consulta a profesional de la materia para revertir los daños psíquicos.

Es clara la injusta pretensión de las contestantes, que tras la injusta situación por la grave pérdida sufrida, acusando la ausencia de acudimientos de la víctima a supuestos medios de reparación o atenuación del daño ahora reconocido, daño que negaran en su oportunidad sin allanamiento alguno a los medios por los que ahora afirma se hubiera reducido el daño recibido.

El punto trae a colación lo preconizado por el Dr. Morello en el marco del abuso de proceso, su trabajo “Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral en pro de una posición funcional” (J.A. 27-1975-342), donde insiste en el cometido funcional de las instituciones jurídicas y en tanto son ellas recursos de técnicas al servicio de las necesidades del hombre, “habrá que alejarse de las agobiantes y estériles disputas de

escuela” sobre la desafortunada naturaleza jurídica del daño moral (resarcitoria o punitoria), para otorgarlo desde un punto de vista funcional, con carácter indemnizatorio. Señalan entonces los fallos de esa última década de las Salas de la Cámara Nacional Civil de la Capital, que categóricamente concluyeron que la indemnización en concepto de daño moral tiene carácter punitorio, ejemplificador y no resarcitorio, mirando no tanto del lado de la víctima, sino por la del ofensor y su situación.

Por lo expuesto, no puede sino confirmarse lo que se expone sobre el rubro en este acuerdo, no existen motivos pata revocar el criterio definido por la sentencia y por lo que se ajusta a derecho la cuantificación del daño moral por la suma de $290.000.

Por todo lo expuesto, el recurso ha de prosperar parcialmente, sin perjuicio que la igual procedencia de la demanda y su carácter indemnizatorio, comporta la confirmación de las costas de la primera instancia, sin modificación de la regulación de honorarios, que por tratarse de porcentuales trasuntan el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, conforme con los arts. 5, 6, 8, 9 y concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico.

Por las mismas razones del carácter del juicio, las costas de esta alzada deben ser impuestas a la parte demandada, conforme con el art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico. Rigen las normas citadas de la ley arancelaria, conjuntamente con el art. 13, con lo que atendiendo al trabajo profesional de las partes y su resultado, la propuesta regulatoria del primer voto se ajusta a derecho.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Por las concordancias, corresponde el pronunciamiento propuesto por mi colega Dra. Alonso y tener presente la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2) Revocar parcialmente el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 336/344, estableciendo el monto de condena en la suma de pesos setecientos cincuenta y tres mil ochocientos ($753.800), con más los intereses conforme fueron ordenados.

3) Costas de esta instancia a la parte demandada.

4) Regular los honorarios de la Dra. K. A. A. en el veintiocho por ciento (28%) y de la defensora pública Dra. D. C. R. en el veintiséis por ciento (26%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 418vta.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

GISELA CINTIA MOREJÓN

Secretaria de Cámara