

**CHAZARRETA OMAR MARTIN Y OTROS
C/ GONZALEZ LUIS OMAR Y OTROS S/
DAÑOS Y PERJUICIOS**

Exp: 69441 Jz 4

REG. SENT. DEF. N°: 120

FOLIO SENT. DEF: 845

Lomas de Zamora, a los 14 días de agosto de 2012 , reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Norberto Horacio Basile con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° **69441**, caratulada: "**CHAZARRETA OMAR MARTIN Y OTROS C/ GONZALEZ LUIS OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º.- ¿Se encuentra ajustada a derecho la medida cautelar de fs. 469?

2º ¿Es nula la sentencia dictada a fojas 440/460?

3º.-En su caso, ¿es justa?

4º.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, lt. parte Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Igoldi y Basile.-

- V O T A C I O N -

A la primera cuestión el Dr. Igoldi dice:

ANTECEDENTES DEL CASO

1.- El señor Juez titular del Juzgado N° 4 dictó sentencia a fs. 440/460 admitiendo la demanda de daños y perjuicios deducida por Omar Martín Chazarreta y de Analia Verónica Paez ambos por sí y en representación de su hijo menor de edad Thomas Agustín Chazarreta, por daños y perjuicios contra Luis Omar Gonzalez, Transportes del Tejar S.A., y condenó a éstos a pagar a los actores las sumas que establecen los Considerandos del presente, con mas los intereses correspondientes, dentro del quinto día.-

2.- Hizo extensiva la condena a Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, aseguradora citada en garantía, en la medida del seguro.-

3.- Rechazó la demanda interpuesta contra Hilda Ovelar Gonzalez y Federación Patronal Seguros S.A.

4.- Condeno a los demandados y citada en garantía vencidos a soportar las costas del juicio, y postergo la regulación de honorarios profesionales hasta tanto exista base patrimonial firme.

El precitado pronunciamiento fue apelado por la actora a fs. 463 y a fs. 461 hizo lo propio la codemandada Empresa de Transportes Tejar S.A. y la citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros.

A fs. 532/544 la codemandada y citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros planteó la nulidad del fallo, y en subsidio expresó agravios, recibiendo réplica de la actora a fs. 549/557 y de la codemandada Ovelar Gonzalez y citada en

garantía Federación Patronal Seguros S.A. a fs. 558/563.

Por su parte, la actora expresó agravios a fs. 518/531, recibiendo réplica únicamente de la citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros a fs. 547/548.

A su vez, contra el auto de fs. 469 que ordena trabar embargo preventivo, sobre los montos de la sentencia, con mas la del 30 % de dicha suma para responder a intereses, gastos y costas de la ejecución, la parte demandada y citada en garantía a fs. 474 plantea revocatoria con apelación en subsidio, desestimándose la primera a fs. 425, concediéndose a su vez la subsidiaria apelación.

AGRAVIOS:

a) Actora:

Se agravia en primer término por el rechazo del rubro daño físico respecto del menor Thomas Agustín Chazarreta

A su vez se queja por el monto otorgado en concepto de gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, vestimenta y traslados, solicitando que se conceda una partida en favor de la actora, a fin de paliar los gastos de su hijo.

Se queja por el monto otorgado por daño físico y tratamiento médicos futuros; del daño moral; gastos de farmacia, vestimenta, radiografías, asistencia médica y traslados; daño psíquico y tratamientos médicos futuros respecto de la coactora Analía Paez, solicitando la elevación de los montos detallados.

Finalmente, concluyen sus agravios respecto de la tasa de interés dispuesta por el aquo (tasa pasiva), solicitando la aplicación de la utilizada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los giros no cubiertos -sin autorización- en cuentas corrientes, conforme al criterio y antecedentes que venia sosteniendo sala I en el año 2002.

b) De la demandada y citada en garantía:

En la presentación de fs. 474 el recurrente se

agravia de la resolución de fs. 469, que ordena la traba del embargo sobre los montos de la sentencia, con más la suma allí presupuestada, en función que no se encuentra acreditado el peligro en la demora, siendo que tanto la demandada como la citada en garantía tienen suficiente capacidad económica para responder por la sentencia.

A su vez el apelante a fs. 532/544 solicita la declaración de nulidad del fallo, sobre la base de la no apertura del sobre de las posiciones que la actora requirió respecto de la codemandada Ovelar Gonzalez.

En subsidio se agravia respecto de la valoración de la prueba efectuada por el judicante, y que no se ha acreditado la participación del menor en el accidente. Cuestiona el examen de las pruebas que efectúa el a-quo, y a la vez, realiza su propia valoración del material probatorio colectado.

Se agravian estimando exagerada la cuantificación de los rubros componentes de la pretensión resarcitoria: del físico, y daño psíquico (de ambas víctimas), y el monto concedido por daño moral.

DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es llamada esta Alzada a resolver el recurso de apelación deducido en forma subsidiaria a fojas 474 que se articulara contra el pronunciamiento de fojas 469, ante el rechazo del recurso de revocatoria.

Uno de los supuestos específicos que ha previsto el legislador en materia de embargo preventivo, está dado por la circunstancia de que quien lo solicite "hubiere obtenido sentencia favorable aunque estuviere recurrida" (art. 212 inc. 3° Código Procesal), como en el caso, pues en tal hipótesis la declaración que contiene el pronunciamiento jurisdiccional constituye suficiente verosimilitud en el derecho.

En función de lo expuesto, frente a la sentencia de

condena dictada, corresponde ratificar la medida cautelar decretada, sin que sea óbice para ello que la misma haya sido apelada por la demandada, sobre la base que no se encuentra acreditado "el peligro en la demora" ya que dicha circunstancia no es, por sí misma, susceptible de menguar la verosimilitud del derecho invocado y que ha sido reconocido en la sentencia favorable que admitió la pretensión del actor (arts.195, 212 inc.3° C Proc.)

De tal forma y siendo que el espíritu de toda cautelar es no tornar ilusorio el cumplimiento de una sentencia, se impone rechazar los agravios deducidos, debiéndose mantener la providencia impugnada, con costas en el orden causado, en atención a que la parte demandada pudo haberse considerado con derecho a peticionar como lo hizo (art. 68 segundo párrafo y 71 del C.P.C.C.).

Siendo ello así, propongo al acuerdo, confirmar la providencia de fs. 469. Consecuentemente;

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la Primera cuestión, el Dr. Basile dijo que, por compartir la fundamentación dada, **VOTA TAMBIEN POR LA AFIRMATIVA.**

CONSIDERACIÓN DE LA NULIDAD

Abordando el segundo interrogante, me corresponde señalar que la ratio última de la declaración de nulidad reside en la violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso legal, la cual es posible oficiosamente a la luz de las disposiciones emergentes del art. 253 del rito, facultad que solamente puede ser ejercitada por éste órgano jurisdiccional revisor, en este estadio.-

Ora oficiosamente, ora a pedido de parte, visto que tal como he de desarrollar más abajo, ninguna solución mejor que ésta es la

que debe prosperar.-

De aplicación restrictiva por la indudable alteración del proceso que ella provoca, el criterio decisorio en pro de la nulidad debe ser riguroso, pues parto de una pauta saludable cual es aquella que reza que, en principio y según abundante doctrina y jurisprudencia, debe estarse a la validez del fallo.-

Podemos afirmar con Alsina, que nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas por aquella. (Conf. Alvarez Juliá Luis; Neuss Germán y Wagner Horacio en Manual de Derecho Procesal 2ª edición actualizada u ampliada, 1ª reimpresión. Edit. Astrea. Febrero de 1992. Pág. 137).-

Las fronteras de los motivos de la nulidad requieren una afinada labor interpretativa que, con criterios flexibles y sobremanera funcionales, privilegie las finalidades últimas en que se apoya el sistema todo de invalidación de los actos del proceso, que no son otras que el aseguramiento de la defensa en juicio a través de las formalidades del rito entendidas como meras reglas instrumentales al servicio de dicho trascendente objetivo (doct. art. 253 del CPCC Morello y Colab. "Códigos Procesales..." Ed. 1988, Tº III pág. 239).-

Siendo así, para la procedencia de la nulidad de una sentencia, se requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave.-

Esta sala I tiene decidido que el vicio que provoque la nulidad ha de ser de tal magnitud que por sí mismo ponga en peligro el derecho que le asiste al apelante, pues de otra manera al estar el recurso de nulidad por defecto de sentencia absorbido por el de apelación, por elementales razones de economía procesal corresponde que se reparen los vicios menores al examinar la sentencia en crisis (arg. Art. 253 del CPCC). (CALZ Sala I RSD 390-07 S del 13 de noviembre del 2007 "Bergottini Carlos Alberto c/ Sidorow Damian Ezequiel y o/s s/ Daños y Perjuicios" causa N°

63.920).-

El examen de autos permite comprobar que efectivamente el sobre que contiene las posiciones que debieron absolver la codemandada Hilda Gonzalez Ovelar se ordenó agregar a los autos, no habiendo sido abierto y por lo tanto considerado en las motivaciones del fallo. La audiencia fue debidamente notificada a la interesada, la cual no compareció y quedó constancia de la presencia de la actora y su letrada, reclamándose con posterioridad se tuviera por confesa a tenor del pliego oportunamente acompañado -en los términos del art. 415 del Cód. Procesal- (ver constancias de fs. 202/203), disponiendo el tribunal que esto "deberá tenerse presente para su oportunidad" (art. 415 del Cód. Procesal).

Ahora bien, como la declaración de nulidad de la sentencia de la instancia de origen no excluye por vía de principio que el órgano ad quem resuelva el fondo del litigio (art. 253, 2º apart. del Cód. Procesal), si el sobre conteniendo las posiciones que debieron absolver los demandados fue agregado a los autos, pero no fue abierto y por lo tanto considerado en las motivaciones del fallo, apelado, procede la apertura del aquél y la incorporación del pliego a los fines de su consideración en la alzada (Conf. "Morello.Sosa- Berizonce Tº V-B, pág. 86)

El Supremo Tribunal Provincial ha tenido oportunidad de decidir que; si la audiencia de posiciones fue notificada al absolvente, está agregado el pliego respectivo y se labró acta dando cuenta de su incomparecencia, nada obsta a que la alzada proceda a la apertura del sobre y valore la confesión del compareciente, aunque no lo hubiese hecho el juez de primera instancia, porque está dentro de sus facultades valorar todas las pruebas producidas. (SCBA, Ac 50263 S 10-5-1994 , Juez LABORDE (SD) CARATULA: López, Carlos Alberto s/ Tercería de dominio PUBLICACIONES: AyS 1994 II, 247 MAG. VOTANTES: Laborde - Mercader

- San Martín - Pisano - Negri TRIB. DE ORIGEN: CC0202LP SCBA, Ac 50514 S 6-9-1994 , Juez NEGRI (SD) CARATULA: La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales c/ Badano, Héctor y otro s/ Cobro de australes PUBLICACIONES: DJBA 147, 221 - AyS 1994 III, 558 - ED 160, 403 MAG. VOTANTES: Negri - Vivanco - Mercader - San Martín - Pisano TRIB. DE ORIGEN: CC0102BB SCBA, Ac 55593 S 14-6-1996 , Juez SAN MARTIN (SD) CARATULA: Ugarte y Compañía S.A. c/ Valente S.R.L. s/ Cobro ordinario de pesos PUBLICACIONES: DJBA 151, 177 MAG. VOTANTES: San Martín-Mercader-Laborde-Negri-Pisano TRIB. DE ORIGEN: CC0202LP SCBA, C 99982 S 4-3-2009 , Juez HITTERS (MA) CARATULA: Cerrato, Gustavo Sergio c/ Gebel, Dante Miguel s/ Sumario MAG. VOTANTES: Hitters-Kogan-Pettigiani-de Lázzari-Negri TRIB. DE ORIGEN: CC0002SI).

De

manera entonces que, si el referido sobre no hubiere sido abierto en primera instancia, por haberse prescindido valorar dicho elemento de juicio, corresponde en función de los agravios formulados en la alzada, proceder a su apertura, a los efectos de la evaluación pertinente, de consuno con lo que resulte de las restantes constancias de autos (arts. 163, inc. 6º, 164, 384 y 415 del Cód. Procesal).

El iudex a quo incurrió en un error procesal al no abrir el sobre que contiene el pliego de posiciones en ninguna de las oportunidades que para hacerlo tenía; al decretar la agregación de la prueba producida, declarar la clausura del período probatorio e inclusive en el acto de dictar sentencia. No es menos cierto que la aquí quejosa tuvo oportunidad de petitionar que se cumpliera con aquel extremo y no lo hizo. Sabido es que la resolución dictada conforme los arts. 481 y 482 del CPC, hace nacer el deber de pronunciar sentencia, y respecto de los justiciables quedan saneados los vicios de procedimiento si dentro del

quinto día no deducen el incidente de nulidad respectivo. De este modo el llamado de autos para sentencia produjo sus efectos, saneando el procedimiento por una necesidad de certeza; de este modo el consentimiento por las partes del llamado de autos para sentencia es una valla para la ulterior consideración de los defectos o vicios que pudiere generar la nulidad procesal. (doct. art. arts. 481 y. 482 del Cód. Procesal JUBA CC0000 DO 85669 RSD-38-8 S 26-2-2008 , Juez DABADIE (SD)CARÁTULA: G. G. M. c/ R. R. s/ Divorcio, alimentos y litis expensas MAG. VOTANTES: Dabadie-Hankovits)

Quiere decir entonces, que no obstante la omisión del juzgador de valorarla y abrir el sobre que contiene el pliego para su conocimiento, resultaría en la especie una demasía declarar su nulidad, siendo suficiente la prueba que sostiene las conclusiones de la sentencia. Ello sin perjuicio de abrir el sobre de fs. 136 en este acto; y de agregarlo con antelación a la presente a fs. 565.

Siendo ello así, propongo al acuerdo, convalidar la sentencia, cuya nulidad se ha planteado. Consecuentemente;

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la Segunda cuestión, el Dr. Basile dijo que, por compartir la fundamentación dada, **VOTA TAMBIEN POR LA NEGATIVA.**

A la Tercera cuestión planteada, el Dr. Igoldi dijo:

CONSIDERACIÓN DE LAS QUEJAS:

1) Responsabilidad:

1.1. Por razones de orden metodológico habré de analizar las quejas vertidas en relación a la atribución de responsabilidad por

el evento dañoso.

Reiteradamente ha dicho esta Sala, que la denominada víctima inocente, tiene la facultad de accionar contra todos los protagonistas del siniestro, sin necesidad de analizar la responsabilidad que le correspondió a los mismos o su grado de participación, pero éstos, tienen el derecho de discutir quién de ellos es el responsable o si hay responsabilidad compartida. La víctima sólo debe acreditar los perjuicios (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 120/91, 267/91, 133/95, 16/97, 513/04 entre otros).-

He de iniciar el tratamiento de las cuestiones que se traen, expresando que coincido con el Sr. Magistrado de origen, en cuanto a la normativa aplicable en el caso de autos. En efecto, el factor de atribución de la responsabilidad civil en la materia que nos ocupa es el riesgo creado, por lo que la cuestión se emplaza en la preceptiva del art. 1113 - 2º párrafo - del Código Civil, de manera que el dueño o guardián de la cosa riesgosa cuya actuación produjo el daño es responsable, salvo que demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero constituye la causa del menoscabo y ello ha obrado como factor interruptivo, total o parcialmente, de la relación de causalidad.-

Claro está, teniendo en consideración que el accidente se produjo por la colisión del colectivo conducido por Gonzalez con la camioneta guiada por Ovelar González, siendo la actora un tercero transportado en el colectivo, conviene aclarar que la solución en los casos de colisión entre cosas que presentan vicio o riesgos consiste, en que cada dueño y guardián debe afrontar los daños causados al otro. No existe norma ni principio jurídico que permita otra interpretación del art. 1113 del Cód. Civil (conf. SCBA, causa Ac. 42946 del 9-4-91 y ots.).-

Respecto a la crítica del apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimientes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del art. 384 y ccdtes. del procesal.-

1.2. Dicho ello, corresponde indicar que aún de considerar absueltas en rebeldía las posiciones correspondientes a la codemandada Ovelar González, no mejora la posición de los quejosos.

En el caso la prueba confesional, a la que se aferra el quejoso en su pieza recursiva, la que luego de ser analizada conforme a las reglas de la sana crítica háceme concluir en que en nada me conmueve, ni aporta elementos de suficiente convicción para determinar otra cosa que lo establecido en la sentencia.

La posición del recurrente al entender que el sentenciante no ha dado a la prueba de confesión ficta preeminencia, es francamente incorrecta.

En efecto, ésta sala I siguiendo una tradicional doctrina legal de la Suprema Corte, ha sostenido que la denominada confesión ficta debe ser apreciada con relación al resto de la prueba y según las circunstancias de la causa. Que apreciar los efectos de esta prueba es una cuestión de hecho, otorgando la doctrina, al juez, un muy amplio margen de discrecionalidad. Que constituye una presunción Juris tantum, pero sólo eso.

En resumen, que debe ser merituada con el conjunto de la prueba rendida en la causa, y de acuerdo a la circunstancias de la misma (SCBA Ac. 25862 del 3-VII-79; Ac. 27979 del 16-X-79; Ac. 32582 del 1-IX-83; CALZ Sala I RSD-5/95; 83/96, 4/96 entre otras).

En mi concepto, el caso de autos representa una correcta aplicación de la doctrina enunciada.

La prueba de confesión en rebeldía, al meritarse con el conjunto de la prueba cumplida, en especial la causa penal y la pericial mecánica, son determinantes para definir el sentido del fallo (arts. 421, 375, 384 del Cód. Procesal). El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva (SCBA, agosto 15-1995 "Municipalidad de Necochea c/ Maralex S.A. s/ Daños y Perjuicios", Ac. 55.043).

Y en tal inteligencia no se pueden considerar con fuerza convictiva la rebeldía en las posiciones, como articula quien ahora se alza, pues las cuestiones eminentemente técnicas no pueden adquirir -por si solas- total relevancia como medio determinante de prueba. (arts. 375 y 384 del Cód. Procesal).

Lo que termina de persuadirme respecto al acierto con que se han ponderado las probanzas en la anterior instancia, para concluir atribuyendo la responsabilidad al conductor del microómnibus, es el dictamen pericial mecánico, la respuesta al pedido de explicaciones que se le formulara al experto, como así también las constancias que surgen de la causa penal ofrecida como prueba.-

Surge de la pericia mecánica de fs. 256/258, efectuada por el perito ingeniero Jorge Simonini, quien se constituyó en el lugar del hecho, y efectuó una planimetría del lugar detallando las características de la zona donde se denuncia ocurrió el siniestro, describiendo que la avenida Sarmiento posee doble sentido de circulación con un ancho total de 18 metros, 9 (metros) para cada sentido de circulación. De la causa penal, no surge el lugar probable de ocurrencia del evento. Refirió que sobre la Av.

Sarmiento aproximadamente cada 30/35 metros existen carteles ubicados con la leyenda "prohibido estacionar". Y que circulando desde Av del Libertador hacia Plaza Italia -mano derecha- se encuentra una playa de estacionamiento. En toda la Av. Sarmiento desde Av. Libertador hasta Plaza Italia existe un sólo semáforo, ubicado en Av. Colombia (a 70 mts de Av. Libertador).

Agrega que, la Av. Sarmiento posee tres carriles de circulación con sentido este a oeste e igual cantidad en sentido contrario, perfectamente demarcados. La velocidad permitida tratándose de una avenida es de 60 km/h.

De la inspección ocular efectuada por personal policial (fs. 1 y 2 de la causa penal), se informa que no surgen rastros como ser huellas de frenado, la visibilidad era muy buena, el pavimento se encontraba en perfecto estado, piso seco. Describe los elementos obrantes que he destacado ut supra.-

El profesional manifiesta que no surgen de la causa elementos que permitan determinar en forma objetiva, mediante un planteo energético las velocidades a la que circulaban los rodados intervinientes y menos a n la de impacto entre ambos (art. 474, 384 del CPCC).-

A su vez, Informa que la densidad del tránsito, a la hora de ocurrencia del hecho, es elevada: aproximadamente 38 rodados/minuto sentido este a oeste; la visibilidad es muy buena no existiendo contaminación visual que obstaculice la visibilidad para conductores o peatones).

Afirma el mismo experto en su dictamen que; por la localización de los daños, el rodado Ford F-100 resulta ser el rodado mecánicamente embestido, ya que los daños de éste se sitúan sobre el lateral derecho, parte media, mientras que los del colectivo sobre el ángulo delantero izquierdo (ver fs. 257 vta.).

De la contestación al traslado del pedido de explicaciones

(ver fs. 289) el perito hace constar que ambos vehículos circulaban en idéntica dirección, y además, el ómnibus reviste el carácter de embistente, y que según los hechos narrados la pick-up intentaba ingresar en la playa de estacionamiento ubicada sobre Av. Sarmiento (acompaña fotografías, ver. 286). Desconoce el experto si la pick-up efectuó la señal lumínica indicando el giro a la derecha, si lo hizo con anticipación, si lo hizo en forma intespectiva, como tampoco si invadió la trayectoria normal del colectivo

Definido lo que antecede, he de continuar mi análisis refiriendo que el hecho que motiva la presente litis dió lugar a la sustanciación de la correspondiente causa penal Nº772221 en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 2, secretaría Nº 59, iniciada a instancias del accidente, por las lesiones que sufriera la actora Analía Verónica Paez se observa el croquis del lugar (ver fs. 4); fotografías de los vehículos intervinientes en el accidente; Colectivo de la empresa de transporte del Tejar S.A. línea 67 interno 7 (ver fs. 38/39) donde se pueden observar los daños que presente el microobnibus sobre su paragolpes; las fotografías de fs. 42 y 43 donde se verifican los daños de la camioneta marca Ford F-100 sobre el lateral derecho. Asimismo, a fs. 60 y 61 de la misma causa obra el informe pericial de los vehículos; examinada la camioneta Ford F-100 dominio SNQ-310 "...la cual al momento de la inspección presenta impacto lateral derecho, que afecta con deformaciones y abolladuras a: puerta derecha, parante, lateral de caja de carga en sector delantero, daños (con vestigios de pigmentación de color rojo) producidos por golpe o choque..." firmado por el Auxiliar Francisco D. Juanolo licenciado en accidentología vial. A fs. 61 vta. obra le informe donde se examina el microobnibus; "...colectivo de la línea 67 interno 7 dominio SPA-645, de color rojo, amarillo y blanco. "...presenta raspaduras en el frente angular delantero izquierdo parte baja.

De manera entonces que, las pericias mecánicas de fs. 60 y 61 - especializada- que ha tenido en cuenta la causa penal ofrecida como

prueba quedó establecido que; el impacto se produce por parte frontal del microómnibus SPA-645 que embiste el lateral derecho de la camioneta Ford F-100 dominio SNQ-310, que resulta concordante con la pericial mecánica de fs.. 256/258. Como consecuencia de ello, la actora perdió la estabilidad en el interior del colectivo, y se lesionara, siendo trasladada por una ambulancia del SAME hasta el hospital Fernández, guardando relación con el relato formulado en la demanda (art. 384 del Cód. Procesal).

A ello ha de sumarse que, certeramente, el hecho de tratarse -el coaccionado Gonzalez- de un conductor profesional, no es un punto que pueda soslayarse, sino que, por el contrario, pone de resalto que el criterio de análisis de su conducta debe ser más riguroso, en función de su mayor experiencia en torno a las cambiantes evoluciones del tránsito de vehículos (arts. 512 y 902 del Cód. Civil).

Sobre este punto, cabe puntualizar asimismo que quien marcha al comando de un rodado debe hallarse preparado para obrar en consecuencia y de acuerdo a los variables movimientos del tráfico vehicular, siendo este el criterio rector a seguir en todos los casos, lo que obligaba al conductor del microobnibus a volverse sumamente precavido para ponerse a resguardo de desgraciadas contingencias (arts. 512, 901, 902, 903, 1113 y conchs. del Cód. de fondo).

No podemos soslayar, además, la rebeldía en que incurriera el accionado Luis González (chofer del colectivo, fs. 81) antecedente que gravita desfavorablemente a su respecto, pues la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración (arts. 60 y 354 inc. 1º del Cód. Procesal).

La accionada no ha aportado prueba tendiente a demostrar la eximente de su responsabilidad tal como la denunciara.-

Y siendo que se ha reconocido la calidad de pasajera, el acaecimiento del suceso y el daño sufrido por la actora en el

accidente referenciado en la demanda, valorando las probanzas rendidas, en su conjunto, de conformidad con lo normado por el art. 384 del Cód. Proc. y conforme los argumentos, doctrina y jurisprudencia citadas, entiendo que el agravio vertido no puede tener recepción favorable, por lo que propongo al Acuerdo, confirmar la sentencia, en este punto, respecto a la atribución de responsabilidad (arts. 1109 y 1113 del Cód. Civ.; 375, 384, 474 del C.P.C.C).-

1.3.- Es del caso detenerme en la observación que formula la demandada y citada en garantía en cuanto a que no se ha acreditado la participación del menor en el accidente.

En primer lugar, es del caso señalar que contrariamente a lo sostenido por el recurrente al expresar agravios, existe constancia de atención del menor Thomas Agustín Chazarreta (DNI: 41.474.903) en el hospital Fernández (ver fs. 424/427), donde se vislumbra la asistencia al menor, el mismo día del hecho, y las lesiones que habría padecido. De la copia de la historia clínica se desprende; "paciente que es traído en ambulancia SAME por presentar politraumatismos por accidente de tránsito" (ver fs. 427). -

Dicha prueba, además, conforman un núcleo convictivo hábil consideradas en forma armónica con la presunción que emana del incumplimiento de la intimación cursada a los accionados y su citada en garantía en relación a la presentación de la correspondiente denuncia de siniestro (art. 386 CPCC).

El rancio brocárdico "nemo tenetur edere contra se" -nadie tiene el deber de cumplir una actividad que tenga por resultado favorecer la posición del adversario-, ha sido morigerado a través de la reforma procesal, pues la misma muestra una orientación publicista, y así, si bien frente a la negativa del requerido no cabe emplear la coerción para obtener un instrumento que obra en su poder, no lo es menos que la negativa a presentarlo constituye una presunción contraria, en este caso grave, cuando resultaren

manifiestamente verosímiles las alegaciones formuladas por la contraria (cfr. Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. 1969, v. III, p. 441, nº6; p. 443, nº8; Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales, 1ª ed., v. V, p. 267, § 616; Palacios, Derecho Procesal Civil, v. IV nº 425; Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causa B-42212, reg. Sent. 210/76). Claro está que para aplicar la consecuencia jurídica que prevé esta norma, es menester que medien elementos de juicio de los que resulte manifiestamente verosímil la existencia y contenido del instrumento (arts. 163, inc 6º, 384 y 386 Cód. Proc.; Cám 2ª, Sala I, La Plata, causa B-67851, reg sent 271/89).

Estando correctamente anoticiados de la intimación que fuera proveída a fs. 419 conforme la cédulas obrantes a fs. 420, y en virtud de lo solicitado a fs. 421 por la parte actora, se dispuso a fs. 422 hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en el art. 386 in fine del Cód. Procesal.

Creo conveniente mencionar que en virtud de haber asumido la aseguradora la defensa del accionado, es dable pensar que ha existido la correspondiente denuncia de siniestro, ya que de lo contrario la aseguradora podría haber declinado la cobertura, cosa que en la especie no ha sucedido. (Esta sala I, autos "Calvelo Sandra Patricia c/ Tramonti Mario Ernesto s/ Daños y Perjuicios" del 22-9-11 causa Nº 68.626)

Así las cosas, conjugando la respuesta a la prueba informativa remitida por el hospital Fernandez a fs. 424/427 , junto con esta presunción adversa, propongo confirmar la sentencia en relación a la participación del menor en el evento dañoso.

1.4 Luego de haber dado respuesta a las quejas vertidas en relación a la responsabilidad por el evento dañoso, y la participación del menor en el accidente de autos, corresponde que me aboque al tratamiento de los agravios traídos respecto a los rubros indemnizatorios.

2) Daño físico y gastos de farmacia, radiografías,

etc. (del menor Chazarreta)

El aquo ha desestimado en la sentencia impugnada por la aquí quejosa (actora) la indemnización reclamada en relación a los daños en la salud del menor.

En tal inteligencia, reclamada la indemnización por daños a la salud, quedaba a cargo del actor demostrar la existencia del daño y su magnitud (arg. art 375 del Cód., Procesal; SCBA, 22/4/86 AyS 1986-I-470).

Es decir , que la prueba del daño incumbe a quien reclama indemnización, porque ninguna razón de justicia o equidad habría de imponer a una persona el resarcimiento de un perjuicio que ella no ha causado.

Para el derecho, la prueba del daño es capital; un daño no demostrado carece de existencia. El daño, para la responsabilidad, es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente, porque los daños hipotéticos, o eventuales, no son resarcibles. (SCBA 22/4/86 Ac. 35.579).

Si bien es cierto que las lesiones físicas sufridas por el hijo de los aquí recurrentes (Thomas Agustin Chazarreta) podrían haber quedado acreditadas con las copias de los informes e historia clínica, no es lo menos que no se ha demostrado que aquellas le hubiesen ocasionado algún grado de incapacidad, de modo que el juzgador se halló en la imposibilidad de manera diversa a la que lo hizo, pues los perjuicios exigen, para su reconocimiento a los fines indemnizatorios que sean ciertos y que no resulten de meras conjeturas, sobremanera cuando, del informe médico realizado (ver fs. 316/317) por el Dr. Javier Abelleira se desprende que el menor no presentaba secuelas en la actualidad.

Y en virtud de lo expuesto en el tratamiento del rubro daño físico en torno a la ausencia de elementos probatorios tendientes a acreditar los daños físicos que se alegan, he de desestimar también el rubro reclamado relativo a gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y

de traslados. (arts. 375 del Cód. Procesal).

3) Daño Físico y gastos de tratamientos futuros

(Analia V. Paez)

La parte actora y la demandada y citada en garantía se disconforman -en sentidos contrapuestos- con el monto que al acogimiento del mismo ha asignado el Sr. Juez de la anterior instancia.-

Corresponde recordar que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado.

De tal modo, el artículo 1067 del código Civil, establece: “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código (es decir, no hay acto que engendre responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar...”. Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que “pueda” ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta).

En otros términos, el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar.

Esta Sala tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, en relación al daño resarcible, en definitiva más allá de las calificaciones o “nomis juris” que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos.

Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 “Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps).

Frente a la necesidad de justipreciar un monto frente

a un daño, como lo es la lesión física, aparece necesario el aporte de cuestiones técnicas que sólo han de ser propiciadas en la colaboración que ofrecen los auxiliares de la justicia, en este caso los peritos; y dentro de este orden de ideas del análisis de la pericia médica de fs..A fs. 310/314 vta luce la pericia médica correspondiente a Analía Páez (y explicaciones posteriores). Apoyándose en la historia clínica, las constancias de autos y en exámenes complementarios, dictamina que como consecuencia del accidente de litis, Analía Páez (35 años de edad al momento del examen) ingresó al Hospital Fernández siendo asistida con el siguiente diagnóstico: "paciente traída por accidente vía pública por politraumatismos con traumatismo cervical, escoriaciones en codo y muñeca izquierda, y por último esguince de tobillo izquierdo. Se indica colocar collar de Philadelphia e inmovilización en tobillo izquierdo".-

Presenta en la actualidad las siguientes secuelas: 1) Una inestabilidad nerviosa postraumática con manifestaciones clínicas y logaudiométricas, que le ocasiona una incapacidad parcial y permanente de un 15%; 2) un traumatismo cervical que en la actualidad le origina como secuela una cervicobraquialgia postraumática con manifestaciones clínicas (dolor y limitación en los movimientos de flexoextensión del cuello y contractura muscular) radiográficas en la RMN y signos electromiográficos con déficit axonal izquierdo que le ocasiona una incapacidad parcial y permanente del 15%; 3) una secuela en su tobillo izquierdo con dolor y limitación funcional, que le ocasiona una incapacidad del 5% de carácter parcial y permanente (arts. 474, 375, 384 CPCC).-

En mérito a todo lo que se ha expuesto, el quantum indemnizatorio fijado en la apelada sentencia por este concepto, con soporte en las conclusiones del dictamen pericial médico, dando particular trascendencia a la edad de la víctima frente a una patología consolidada como dolorosa, y teniendo también en cuenta, los tratamientos médicos del caso, aparece para mí como atinado, por lo que consecuentemente,

propongo al Acuerdo, desestimar las quejas vertidas por ambas partes y confirmar en el punto la apelada sentencia.-

4) Gastos de Farmacia, Asistencia Médica y Traslados- Vestimenta

Respecto a este rubro, cuestionado en torno a su cuantía por la actora quejosa, he de aclarar que la falta de constancias de los gastos efectuados, conspira contra su precisa determinación, pero las máximas de la experiencia indican que en sintomatología dolorosas se requiere la utilización de medicamentos o tratamientos paliativos, y que, en general, ciertos gastos no cuentan con una registración adecuada.-

Aún cuando la víctima sea atendida en establecimientos públicos o por cuenta de obra social, subsisten todo tipo de gastos -no siempre módico- que deben ser solventados por el paciente.- Así, la doctrina judicial atempera el rigorismo formal, por la dificultad de la obtención de documentación acreditatoria y por ello el reclamo de la actora ha podido prosperar, ello sin perjuicio de afirmar la quejosa en su expresión de agravios que no han existido los gastos que se reclaman en este ítem.-

Solo resta decir en el punto que resulta justo permitir el adecuado uso de la facultad otorgada a los jueces por el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, que, en la especie, entiendo se ha utilizado de manera equitativa y razonable por parte del Sr. Juez de la Instancia de origen, por lo que propongo confirmar en el punto lo resuelto en la sentencia apelada, desestimando las quejas vertidas.-

5) Daño Psicológico y su tratamiento

La parte actora y la demandada y citada en garantía se disconforman -en sentidos contrapuestos- con el monto que al acogimiento del mismo ha asignado el Sr. Juez de la anterior instancia.-

En este sentido, y en distintas oportunidades, esta Sala ha señalado que el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica, tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías (CALZ Sala I Reg.

Sent. Def. N° 265/96, 98/96, 100 bis/95, 335/94, 17/97, 61/98), representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc.

De la pericia de fs. 267/279 se desprende que que: a ambos actores, el accidente y sus consecuencias le han provocado un Trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo, de tipo crónico de grado moderado. Las funciones psíquicas están perturbadas, sobre todo la memoria y la concentración. Síntomas fóbicos en la Sra. Analía Páez. En definitiva, los actores han sido afectados por el accidente física y emocionalmente. Sus padecimientos actuales no parecen depender de experiencias previas o factores constitucionales. Hay una clara relación lineal entre la sintomatología y los hechos denunciados. Sugiere una incapacidad parcial y permanente del 25% en Analía Páez, y un 20% en Thomas Chazarreta.-

Recomienda una psicoterapia individual de tipo psicoanalítico, con una frecuencia de dos sesiones semanales, durante un año. En Thomas un año de psicoterapia individual de dos sesiones por semana y una por semana familiar de un año. El tratamiento no garantiza resultados.

El dictamen fue objeto de observación, la que fue respondida a fs. 308 en los siguientes términos: ambos actores fueron entrevistados en forma consecutiva, ambas con la madre presente, ya que Thomas es menor.- Ratifica que ambos pueden tener la misma patología, es el modo en que reaccionaron a un suceso inesperado, y es posible que madre e hijo tengan modos de funcionamiento similares. Aún así, tienen incapacidades diferentes. Recuerda que se ocupó solamente de las secuelas psicológicas, no físicas; describe los métodos utilizados.

Estimo que la suma fijada por el señor juez de anterior grado es justa a los efectos de reparar dichos rubros para los

actores, por lo que propongo al Acuerdo confirmar la sentencia en dicho ítem.

6) Daño moral

Recordando que el daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, “Miguez, Rubén y otros c/Comarca S.A. y otro” -L 40.790- El Derecho, Tº136, pág. 526).

Dentro de dicho marco interpretativo, estimo que la traducción económica del aludido quebranto que en el fallo se efectuase refleja suficientemente los sufrimientos espirituales que a la víctima debió haberle provocado el evento dañoso.

En resumen es que propongo, dentro de dicho contexto, confirmar la suma fijada por el magistrado sentenciante de anterior grado, en consonancia con lo resuelto por esta Sala en casos análogos (arts. 1078 del Código Civil, arts. 165 y 384 del CPCC).

7) Tasa de interés

Finalmente la actora se agravia de la tasa de interés fijada en el decisorio.

En lo que se refiere al tópico vinculado con la tasa de interés aplicada en la sentencia recurrida, en virtud de la decisión adoptada por la Suprema Corte Provincial en los autos “Ponce, Manuel Lorenzo y otra contra Sangalli, Orlando Bautista y otros s/ Daños y Perjuicios”, de fecha 21 de octubre de 2009 (Ac. 101.774), cabe adelantar que la queja efectuada por el actor no tendrá favorable acogida.

Ello así, desde que el fallo mencionado ha dispuesto mantener su doctrina legal respecto de los intereses de condena en los daños y perjuicios, reafirmando la aplicación de la tasa pasiva en dichos casos.

En efecto, no pasa inadvertido que tal decisorio fue emitido por el Máximo Tribunal asumiendo su labor uniformadora de la jurisprudencia, pretendiendo dar un valor expansivo a la decisión, la cual está dotada de una notoria incidencia y proyección objetiva sobre un gran número de procesos que se hallan involucrados, teniendo como objetivo esclarecer y unificar los criterios judiciales contribuyendo de esta forma a otorgar mayor seguridad jurídica.

En tales condiciones, y atendiendo los fines tenido en miras por el Alto Tribunal, los que fueran expresamente destacados en el pronunciamiento citado, y constituyendo el mismo doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entiendo que corresponde seguir el criterio que sobre el tema ha sentado, confirmándose la sentencia recurrida en este aspecto.

En virtud de estas consideraciones

-VOTO POR LA AFIRMATIVA-

A la misma tercera cuestión, el Dr. Basile, por consideraciones análogas, **TAMBIÉN VOTA POR LA AFIRMATIVA.-**

A la cuarta cuestión, el Dr. Igoldi dice:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde confirmar la providencia de fs. 469, con costas en el orden causado, y a su vez, rechazar el planteo de nulidad efectuado y confirmar la sentencia apelada que fuera materia de recurso y agravios. Las costas de Alzada habrán de ser soportadas por la demandada y la citada en garantía vencida recurrentes (art. 68 del CPCC). Los honorarios

profesionales se regularán en su oportunidad (art. 51 de la ley 8904).

-ASI LO VOTO-

A la misma cuarta cuestión, el Dr. Basile, por compartir fundamentos, **VOTA EN IGUAL SENTIDO.-**

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

En el Acuerdo quedó establecido que la providencia de fs. 469 se encuentra ajustada a derecho, y que la sentencia apelada no es nula, que es justa y debe ser confirmada.

POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y **CITAS LEGALES;**

1) Confírmase la providencia de fs. 469 en la medida de recurso y agravios, con costas en el orden causado.

2) Recházase el planteo de nulidad efectuado por la apelante demandada y citada en garantía.

3) Asimismo, confírmase la sentencia apelada en la medida de recurso y agravios.

4) Impónense las costas de Alzada a la demandada y citada en garantía, apelante, quien continúa perdidosa (art. 68 del Cód. Procesal).

5) Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 51 de la ley 8.904). Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

CARLOS RICADO IGOLDI
JUEZ

NORBERTO HORACIO BASILE
JUEZ

LEONARDO RICARDO PUEY
AUXILIAR LETRADO