

MH

REG. SENT. NRO. 57 /16, LIBRO SENTENCIAS LXXII 12

En la ciudad de La Plata, a los 29 días del mes de marzo de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Primera, doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone y por disidencia, el Señor Presidente de la Excma. Cámara, doctor Francisco Agustín Hankovits (art. 36 ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: "B. D., F. L. c/C., S. E. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS" (causa 113.551), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

**LA EXCMA. CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:**

1ra. ¿Es justa la apelada sentencia de fs. 701/711?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**VOTACION**

**A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo:**

**I. Antecedentes.**

1.1. En las presentes actuaciones se dictó sentencia de primera instancia:

1°) Haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado J. J. H., con costas por su orden; 2°) Haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por F. L. B. D. contra S. E. C., M. O. P. y O. R. C., condenando a estos últimos a abonar a la parte actora en el plazo de diez días, la suma de \$ 630.400, con más intereses desde la fecha del hecho (25/10/2008), calculados de acuerdo a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a plazo fijo a treinta días, hasta la fecha del efectivo pago; 3°) Rechazando la actualización solicitada por el actor; 4°) Imponiendo las costas a los demandados S. E. C., M. O. P. y O. R. C., en su calidad de vencidos.

1.2. Apelaron la actora (fs. 712) y los demandados S. E. C., M. O. P. y O. R. C. (fs. 718). La actora expresó agravios a fs. 731/750 vta., mientras que el recurso interpuesto por los codemandados precitados fue declarado desierto a fs. 753/754 por no expresar agravios, resolución que se encuentra firme y consentida.

La expresión de agravios de la actora fue contestada por el Sr. H. a fs. 757/775, quien a fs. 788/790 vta. se expresa sobre la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

1.3. A fs. 792 se llaman autos para sentencia, providencia que está firme y consentida.

**II. Los agravios.**

2.1. La actora se queja de la desestimación de la demanda contra el titular registral J. J. H., de la cuantificación de los rubros acogidos y de los rubros rechazados. Pide que los intereses se computen a la tasa activa, más la actualización por desvalorización monetaria desde la fecha del hecho. Con costas.

**III. Análisis de los agravios.**

**3.1. Responsabilidad.**

**3.1.1.** Para eximir de responsabilidad al codemandado y titular registral J. J. H. la *iudex a quo* consideró -en lo sustancial- que *“ha sido traído a juicio en su carácter de titular registral del automotor con el que se provocara el hecho dañoso (art. 1113 del C.C.), no pudiendo juzgarse su responsabilidad a la luz de ninguna otra normativa. El excepcionante funda su defensa considerando que el daño fue provocado al actor “con la cosa” (primera parte del 2do. Párrafo del art. 1113 del CC.) y no por el “riesgo o vicio” de ella (segunda parte del mentado párrafo y artículo). ... Sentado lo expuesto y más allá de que la “cosa” que intervino en el hecho resulta ser un automóvil (considerado en su mismo una cosa riesgosa en tanto se encuentre en movimiento conforme doctrina y jurisprudencia imperante en la materia), entiendo que en este caso, atento las particulares características que presenta, el auto fue utilizado como instrumento para dañar. Ello así, pues ha quedado debidamente demostrado en sede penal que el imputado C. atropelló intencionalmente al actor con el vehículo que conducía, tal como surge de la sentencia condenatoria obrante a fs. 189/196 de las actuaciones penales traídas y que en este acto tengo a la vista. ... Se denota de ello y de los testimonios rendidos en sede penal de los cuales ha hecho mérito el juez interviniente, que el accionar del demandado resultó voluntariamente dirigido a provocar un daño en la persona del actor, ... Es decir, aquí el riesgo o vicio de la cosa se vio desplazado por el actuar ilícito y doloso del codemandado, el hecho no ocurrió como un accidente de tránsito común de los que ocurren en la vía pública a diario y por el sólo hecho del riesgo que el automotor posee en sí mismo y/o la negligencia o impericia en la conducción. Aquí el auto fue utilizado para lograr un resultado dañoso con el completo dominio e intencionalidad de quien lo conducía. Fue utilizado como un arma. Así las cosas, siendo que la culpa del hecho resultó ser en forma exclusiva del conductor del vehículo, ha quedado configurada la eximente que prevé el art. 1113, segundo párrafo, primera parte (de su parte no hubo culpa). ...”* (fs. 703 vta./704 vta.).

**3.1.2.** Siendo que el accidente ocurrió el 25/10/2008, la responsabilidad se rige por el Código Civil y no por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 3 y 1113, Código Civil; 7, C.C.C.N.).

**3.1.3.** En el Código Civil, además de los factores de imputabilidad subjetiva, el dolo y la culpa (arts. 1067, 1109 primera parte, 1113, 2do. párrafo, 1ra. parte), existen factores objetivos, entre los que cabe mencionar al riesgo (art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte).

Así, dejando de lado la vieja matriz subjetivista de la culpa, la norma consagrada por el artículo 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del Código Civil -texto según ley 17.711-, introduce un nuevo factor de atribución de responsabilidad al lado del antiguo -del mismo rango pero con campo de aplicación perfectamente determinado y diferenciado- dando por tierra con el viejo apotegma "no hay responsabilidad sin culpa". Poco importa que el causante del daño despliegue un obrar lícito y que no se le pueda reprochar dolo, malicia, imprudencia, descuido o negligencia, basta para la imputación la comprobación del daño y una relación física de causalidad entre el sujeto o bien dañado y la cosa riesgosa (Cám. 1ra., Sala III, La Plata, 218.015, 9/8/94, RSD. 189/94; 207.876, 13/12/90, RSD. 216/90).

Consecuentemente, el art. 1113 del Código Civil -texto según ley 17.711- regula dos supuestos diferentes, utilizando una terminología que dista en mucho de ser la ideal: los daños causados “con” la cosa, en los que rige una

presunción *ius tantum* de culpa sobre el dueño y guardián (que podría ser desvirtuada), y los daños causados “por el riesgo o vicio de la cosa”, hipótesis en la cual los sindicatos como responsables sólo pueden eximirse acreditando la existencia de una causa ajena.

El automóvil en movimiento es una cosa peligrosa, cuya potencialidad de daño ha sido destacada por la doctrina de los autores y la judicial (esta Sala, 110.658, 12/3/2009, RSD. 27/2009).

Ahora bien, ¿Cuál supuesto -“daño con la cosa” o “daño por el riesgo o vicio de la cosa”- se aplica cuando un automotor en movimiento es utilizado con la intención de causar un daño?

Tal es el caso de autos, donde el conductor del automóvil tuvo la intención de atropellar al actor (en sede penal el conductor fue condenado por lesiones graves con sustento en el art. 90 de Código Penal, referido a lesiones dolosas).

El automotor es una cosa que debe ser guardada o vigilada de manera que no ocasione perjuicios. Es un instrumento o medio de peligro en la vía pública, ya que cuando se lo pone en movimiento -que es su forma corriente de utilización- tiene una aptitud muy grande para ocasionar daños, ya que, si bien tiene una dinámica que suele escapar al dominio e intencionalidad del conductor, utilizado como herramienta o mecanismo para dañar tiene una potencialidad dañosa muy importante (al igual que una aeronave).

En tales casos, considero que cuando el daño resulta del riesgo o vicio de la cosa, es intrascendente la autonomía o dependencia de la cosa con relación a una conducta humana. El elemento aglutinante y decisivo es el riesgo o vicio y no el agente (persona o cosa) que lo ha concretado en el daño. Y el automotor es una cosa que por el uso que se le da, normalmente ofrece peligro, razón por la cual todos los daños causados por un automóvil en movimiento caen dentro de la órbita del art. 1113, párrafo segundo, segunda parte del Código Civil, y el dueño o guardián sólo podrán eximirse de responsabilidad demostrando que medió una causa ajena (ver en este sentido Bueres-Highton, “Código Civil”, t. 3-A, ed. Hammurabi, 1999, págs. 519, 558 y 585, punto 13).

Por tal motivo, el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa puede comprender tanto el hecho de la cosa peligrosa o viciosa, cuanto el hecho del hombre que daña con una o con otra (conf. Zavala de González, “Responsabilidad por riesgo”, 2da. Ed., 1996, pág. 55, y ss., cit. por Bueres-Highton, “Código Civil”, t. 3-A, ed. Hammurabi, 1999, pág. 517).

De convalidarse la postura del sentenciante -que sigue la clasificación descripta por Bueres-Highton en la página 513 de la obra citada precedentemente-, en principio, el disparo intencional con un arma de fuego, caería bajo la órbita del art. 1113, 2do. párrafo, 1ra. parte, desplazando la aplicación de la teoría del riesgo creado -y permitiendo que el dueño se exonere demostrando su falta de culpa-, lo cual no es razonable.

Y ni hablar si se le extiende a los supuestos de culpa grave.

Si bien la cosa riesgosa (automóvil en movimiento) no obró fuera de la voluntad del conductor, asumió una participación decisiva en la producción del daño. Si bien el conductor se sirvió de una cosa para dañar, lo que en principio permitiría colocarnos en el daño causado “con la cosa”, al haber utilizado como instrumento un bien que tiene una potencialidad dañina muy grande, es más razonable entender que se trata de un daño “por el riesgo de la cosa” (muy

diferente hubiera sido la utilización de un paraguas u otro elemento que por su naturaleza o forma de utilización normalmente no ocasiona peligro alguno). La potencialidad dañina del medio utilizado ha tenido una incidencia muy grande en el daño. Y sin perjuicio de que el conductor utilizó -o si se quiere controló- la máquina a los efectos de atropellar al actor, fue -adaptando palabras de MAZEAUD-TUNC- la fuerza utilizada la que condicionó el resultado dañoso, más que la personalidad del conductor.

A mayor abundamiento -y sin perjuicio de no haber encontrado doctrina legal de la SCBA que trate expresamente el tema-, no es ocioso destacar que la Suprema Corte ha decidido en forma por demás reiterada que cuando el daño es producido por un vehículo automotor en movimiento, debe entenderse derivado del riesgo de la cosa. Caso en que al dueño o guardián no le basta demostrar -para descartar total o parcialmente la responsabilidad- su falta de culpa, pues lo que debe probar es que la conducta de la víctima o de un tercero ha excluido o limitado su deber de responder por el daño provocado (conf. causas Ac. 38.840, 14/6/88; Ac. 42.839, 17/4/90).

Precisándose que en algunas circunstancias el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño sino en la "actividad" desarrollada, en la cual la cosa juega un papel principalísimo, lo que ocurre por ejemplo con los automóviles, aviones o navíos (conf. SCBA, Ac. 37.535, 9/8/88).

Y que cuando el art. 1113 de ese cuerpo normativo establece que el dueño o el guardián son responsables del daño que deriva del riesgo o vicio de la cosa, tiene en cuenta una situación social, dejando de lado la concepción de culpa, que constituye un elemento ajeno al caso. La ley toma en cuenta como factor para atribuir la responsabilidad del dueño o guardián, el riesgo creado. Y así en principio se prescinde de toda apreciación de su conducta, desde el punto de vista subjetivo. No interesa si de su parte existe culpa y la víctima del hecho dañoso sólo debe probar el daño, la calidad de dueño o guardián, el riesgo o vicio de la cosa y la relación causal existente entre la actuación de esa cosa y el daño (SCBA, Ac. 33.743, 14/10/86; Ac. 41.673, 26/12/89; Ac. 47.075, 6/4/93; Ac. 51.750, 23/5/95).

Si el daño ha sido provocado por la intervención activa de un vehículo que era manejado, controlado o conducido por el hombre, hay hecho de la cosa. El automóvil ha participado activamente en la producción del resultado. No debemos perder de vista que toda esta construcción realizada entre hecho del hombre y hecho de la cosa previó dar a las víctimas una adecuada protección (Pizzaro-Vallespinos, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", tomo 4, Hammurabi, Bs. As., 2008, págs. 533/534).

En consecuencia, no es razonable sostener válidamente que el riesgo o vicio de la cosa se ve desplazado por el actuar doloso del conductor del automotor en movimiento, ni que el hecho de que el vehículo haya sido utilizado como instrumento para dañar desplaza la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva emergente del riesgo de la cosa, por lo que el fallo debe ser revocado en este sentido y el caso ser analizado bajo la óptica del art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del Código Civil.

**3.1.4.** Establecida la correcta interpretación de la normativa aplicable, cabe analizar si el titular registral -codemandado H.- acreditó el desplazamiento

de la guarda del vehículo con el cual se produjo el daño, esto es un Fiat 147, dominio AAN-183.

Cuando contestó la demanda H. expresó que vendió dicho vehículo a la Sra. M. O. P. mediante un boleto de compraventa de fecha 7/12/2007 y que la mencionada entregó el vehículo a su hijo S. E. C. quien lo utilizó de manera voluntaria e intencional para lesionar al actor.

El actor negó que el codemandado haya realizado alguna acción para oponerse al uso del vehículo ni intentó probar que se haya desprendido de su guarda (fs. 327/331). Los codemandados S. E. C., O. C. y M. O. P. dijeron nada al respecto (erróneamente se expresa en el considerando tercero que dichos codemandados no contestaron el traslado dispuesto al respecto, cuando en realidad a ellos no se les corrió traslado alguno, ya que a fs. 322 sólo se le corrió traslado de la excepción opuesta a la parte actora).

En el punto anterior se dejó establecida la improcedencia de la eximente que prevé el art. 1113, 2do. párrafo, 1ra. parte (que no hubo culpa de su parte), y que el daño ha sido causado por el riesgo de la cosa (automóvil en movimiento), lo cual es atrapado por el art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte, que permite al dueño o guardián la eximición total o parcial de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Ahora bien, la Sra. Jueza de Primer Grado, también consideró que: *Por último, ... debe aceptarse que el transmitente tiene la posibilidad de acreditar en el proceso de modo fehaciente que ha perdido la guarda del rodado con anterioridad al acaecimiento del evento que genera el deber de reparar ... Debo señalar que la falta de prueba producida por el codemandado H. en relación al desplazamiento de la guarda del vehículo no enerva mi convicción respecto de la solución a que arribara, máxime teniendo en cuenta que los demandados, al no contestar la excepción opuesta, han consentido los dichos del primero en cuanto a la venta del automotor y a su entrega (ver fs. 26 vta.) (art. 919 del C.C.). Así también de las constancias de la causa penal 06-00-033802-08, seguida contra otro imputado (L. C.) y que se encuentra acollarada a la antes citada, surge que la documentación del vehículo (tarjeta verde y de seguro obligatorio) se encontraba en poder del codemandado S. C. (ver fs. 2 de dicho expediente) de donde además, el propio demandado dice que “se dirige hasta “su” vehículo (sic), no obstante señalar la titularidad de H. En consecuencia y por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar a la excepción esgrimida, con costas por su orden....” (fs. 705 y vta.).*

No comparto tales conclusiones.

Si bien el titular registral tiene la posibilidad de probar que se ha desprendido de la guarda del automóvil con anterioridad al hecho dañoso, considero que ello no se ha acreditado en el caso bajo análisis.

Pese a que en la sentencia se reconoce que hubo falta de prueba en relación al desplazamiento de la guarda del vehículo (ver fs. 705, 2do. párrafo), se le asigna al silencio de los codemandados C. y P. la calidad de “consentimiento” acerca de los dichos del titular registral en cuanto a la venta del auto y su entrega, en perjuicio del actor, quien expresamente negó tal circunstancia, exorbitando la normativa aplicable (arts. 354, C.P.C.C. y 919, Código Civil). Por otra parte, es importante destacar que de la excepción de falta de legitimación opuesta por H. sólo se le corrió traslado a la actora (ver fs. 322), por lo que los demandados C.-P. jamás tuvieron la carga procesal de

contestar la excepción en cuestión, lo que hace que la consecuencia impuesta pierda todo sustento legal.

A continuación el sentenciante le da relevancia al hecho de que la tarjeta verde del vehículo y constancia de seguro obligatorio estaban en poder del conductor del vehículo (S. E. C.), cuando es común que dicha documentación esté en poder del conductor aún cuando no haya una venta, ya que es necesaria para circular. Es más, en la causa penal que corre por cuerda (I.P.P. 06-00-033802-08, Imputado/s C. L. [imputado]. Delito/s Lesiones leves. Daño. Víctima o denunciante: C. S. E. [víctima]. C. S. E. [denunciante], que tramita ante la UFI N° 7), obran copias simples de constancia de seguro del vehículo a nombre del titular registral H. con vigencia desde 1/3/2007 al 1/3/2008 y de la tarjeta verde también a nombre de H. (ver fs. 2), lo cual debilita aún más la defensa opuesta.

Tampoco es relevante para tener por probado el desprendimiento de la guarda lo manifestado por el conductor al expresar que “*se dirige hacia su vehículo*” no obstante señalar la titularidad de H.

El vehículo cuya venta se ha denunciado, no ha sido objeto de transferencia inscripta en el registro automotor ni se ha realizado la denuncia de venta (arts. 1 y 27, dec. Ley 6582/58). Tampoco surgen de autos elementos que me permitan tener por acreditado el desprendimiento de la guarda. La supuesta operación de venta que pueda haber realizado H. con P. no ha sido probada por lo que no le es oponible al actor, en su condición de tercero (arts. 1137, 1195 y 1197, Código Civil; 1, 15 y 27, dec. Ley 6582/58).

En consecuencia, considero que corresponde desestimar la defensa esgrimida por el titular registral y revocar lo resuelto en orden a su ausencia de responsabilidad por el hecho de autos (arts. 163, 164, 206, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384, 456 y 474, C.P.C.C.; 505, 512, 901, 902 y 1113, Código Civil; 1, 15 y 27, dec. Ley 6582/58).

### **3.2. Cuantificación del daño.**

**3.2.1.** A continuación se pasarán a analizar los agravios vertidos por el actor sobre los rubros indemnizatorios, siguiendo la denominación de la sentencia (sin perjuicio de que por el principio de apelación adhesiva he de considerar lo expresado por el codemandado H. al contestar la demanda).

#### **3.2.2. Lucro cesante.**

**3.2.2.1.** El actor solicitó la suma de \$ 80.000 en virtud de que por el hecho de autos debió vender la máquina de ploteo que utilizaba para realizar trabajos de gráfica adhesiva, perdiendo en consecuencia el ingreso que ese trabajo le aportaba (\$ 4000 mensuales).

**3.2.2.2.** La Jueza de Primer Grado consideró que no se ha producido prueba que permita la procedencia del rubro peticionado, pues si bien con la declaración del testigo J. J. F. (fs. 647) se puede tener por probado que el actor con anterioridad al hecho de autos le había realizado trabajos de ploteo y calcos para su negocio, no se acreditó cuál era el ingreso que obtenía a los fines de valorar -en su caso- la ganancia perdida teniendo en cuenta el monto pretendido.

En función de ello rechazó el rubro.

**3.2.2.3.** El lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se vio privado el acreedor a raíz del acto ilícito o el incumplimiento de la obligación (arts. 519 y 1069, Código Civil). Implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor habría podido razonablemente obtener de no

haberse producido el incumplimiento. Se ha dicho reiteradamente que el lucro cesante está configurado por la pérdida de enriquecimiento o por las ganancias que ha dejado de percibir el damnificado y su reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética; por lo que no se presume, corriendo a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia (art. 375 del C.P.C.C.) (conf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", T. 2, com. art. 519, parág. 43, pág. 720, com. por Jorge Mayo).

En consecuencia, se requiere prueba de la pérdida de los ingresos ocasionada por el acontecimiento dañoso, circunscripto al lapso prudente que pueda demandar la restitución de las cosas al estado inmediato anterior al hecho (arts. 519, 1068, 1069 y 1083, Código Civil; 375, C.P.C.C.).

Si bien no basta con alegar que se contaba con una máquina para realizar ploteos, pues es necesario tener alguna idea sobre la cantidad de trabajo que realizaba el actor, y la declaración del testigo F. (fs. 647) es insuficiente para admitir la pérdida reclamada a partir del accidente (25/10/2008), tales elementos, analizados conjuntamente con las graves lesiones padecidas, su proyección y la venta de dicha máquina (ver declaración del testigo G. a fs. 645 donde reconoce la documentación de fs. 8 que da cuenta de la venta del actor un Plotter Thundercut TC-630 con fecha 25/12/2008), me permiten inferir la existencia de un perjuicio patrimonial en la actividad que desarrollaba el actor (quien dice que lo hacía en los tiempos libres, ya que para esa época estudiaba derecho y debía cursar) desde la fecha del accidente hasta el 15/12/2008 en que se le da el alta del Hospital (tiempo que estuvo imposibilitado de desarrollar tarea alguna).

Ahora bien, frente a la ausencia de una pericia contable que permita demostrar el quebranto patrimonial en los términos del art. 1069 del Código Civil, siendo que el juzgador cuenta con la facultad de estimar su expresión económica conforme el art. 165, último párrafo, del C.P.C.C., corresponde admitir el rubro en cuestión, aunque con un criterio restrictivo a fin de no generar un enriquecimiento sin causa, sin que corresponda tener como referencia al salario mínimo vital y móvil.

En función de lo expuesto, considero razonable otorgar la suma de PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS (\$ 4500) en concepto de lucro cesante (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

### **3.2.3. Incapacidad sobreviniente.**

**3.2.3.1.** Se reclamó la suma de \$ 250.000 en base a una serie de lesiones incapacitantes. Por la lesión estética se ha pedido la suma de \$ 150.000. Por las secuelas psíquicas el importe de \$ 160.000.

**3.2.3.2.** El *a quo*, en base a la Historia Clínica de fs. 416/442 consideró acreditado que el actor ingresó al Hospital Mario V. Larrain de Berisso, presentando traumatismo cerrado de abdomen y pelvis, con múltiples escoriaciones en cara, tórax, abdomen, región glútea y rodilla, herida cortante en mentón, mano derecha y en región de cresta ilíaca antero superior, fractura de ambas ramas isquiopubianas, siendo intervenido quirúrgicamente ese mismo día, otorgándosele el alta médica el día 15 de diciembre del año 2008, debiendo continuar con controles por consultorios externos.

Asimismo, en base a la pericia médico legista de fs. 607/617 y explicaciones de fs. 632/633, consideró que el actor presenta una incapacidad total y permanente del 85,86% (40% corresponde al aspecto físico y traumatológico donde se hace referencia al traumatismo vesical y el daño

urológico, 25% a la incapacidad psicológica, 9% otros factores como el dolor que le hacen consumir analgésicos y antiinflamatorios y la necesidad de rehabilitación y 12% INGAMIS -incapacidad de ganancia o minusvalía social-).

En función de ello y circunstancias personales de la víctima, edad, nivel cultural y social, admitió la reparación de las lesiones físicas la suma de \$ 200.000.

Cuando aludió a la lesión estética, limitó el reclamo al tratamiento quirúrgico o estético para las cicatrices y otorgó la suma de \$ 50.000 (lo cual será analizado con mayor profundidad en otro punto), y consideró la renguera dentro del rubro "incapacidad física". Al aludir al daño psicológico -que trató aparte-, limitó el mismo al tratamiento psicofarmacológico, otorgando la suma de \$ 135.000 (pese a que cuando refiere el rubro "incapacidad sobreviniente" remite a una incapacidad psicológica del 25%).

**3.2.3.3.** Dando respuesta a los agravios vertidos, destaco que la plataforma fáctica en orden a las lesiones del actor, tenida en cuenta por el juzgador de la instancia de origen, llega incuestionada a esta instancia (arts. 260 y 261, C.P.C.C.).

Cabe destacar que el actor presenta las siguientes lesiones:

a) Fractura de ambas ramas ilio e esquiopúbicas de ambas hemipelvis que fueron tratadas con cincha intratrocanteriana con reposo absoluto. La fractura consolidó en tiempo pero con asimetría en ambas caderas a expensas del lado izquierdo, que ha generado una disimetría de miembros inferiores de 3,5 cm con limitación en los movimientos de cadera izquierda (ver informe de fs. 608) y dolor en cadera izquierda. El estudio de imágenes RMN evidencia compromiso osteocondral de la cadera izquierda (derrame articular en cadera izquierda), lo que significa que en un plazo no muy lejano y de continuar con la sintomatología, dicha afección evolucionará a una pronta artrosis de cadera que le demandará el reemplazo parcial y/o total de la misma, lo cual además de requerir controles periódicos, prácticamente lo deja fuera del mercado laboral dado que dificulta superar un examen pre laboral. El tratamiento implementado fue el de estabilización de pelvis con cincha y reposo prolongado.

b) Fractura longitudinal de sacro zona 2, con dolor a la sedestación y deambulación prolongada. Dicha fractura dejó un compromiso neurológico parcial irreversible, así como la pérdida de la normal alineación de la columna dorso lumbar con el contacto de los discos L3-L4, L4-L5 y L5-S1 que contactan con el caso tecal generando sintomatología neurológica que conlleva limitación funcional y a la deambulación.

c) Lumbalgia localizada en región L5-S1 irradiada a miembro inferior izquierdo con compromiso de la salida de dichas raíces nerviosas, generando parestesias. Maniobra de Lasege+, dificultad para la marcha sobre talones. Limitación funcional a la flexión a 80°. El dolor genera limitación funcional, dificultad en la marcha y secundariamente hipotrofia muscular.

d) Síndrome radicular crónico L5-S1 de carácter moderado a predominio del lado izquierdo, que genera dolor y parestesias, claudicación en la marcha y limitación funcional, evidenciados en el examen físico y electromiográfico.

e) Traumatismo vesical con hematuria franca y obstrucción de la vía urinaria baja, por lo cual se le procedió a realizar laparotomía exploradora de urgencia con formación de múltiples coágulos en vejiga, no pudiendo localizar el sitio de sangrado, que evidentemente era en napa secundario al traumatismo, por lo cual se le realizó cistotomía y talla vesical con la colocación

de sonda Pefzer, logrando controlar el mismo. Dolor punzante en región vesical, en forma frecuente, urgencia miccional, lo que no le permite permanecer el tiempo normal que corresponde a la retención de orina dada la capacidad volumétrica para una persona de sus edad y lo lleva a tener que interrumpir cualquier tipo de actividad para evacuar la vejiga; retardo en el inicio de la micción y goteo al finalizar la misma, así como dificultad para concluir voluntariamente el chorro. Dichas dolencias lo predisponen a sufrir infecciones urinarias. La vejiga neurogénica le genera inseguridad y limitaciones físicas, sociales y sexuales. Las lesiones son definitivas y permanentes (fs. 608 punto 5 y 616/617, punto 1 y siguientes). Porcentual de incapacidad del 30% al 70% de carácter permanente (fs. 617, punto 6).

f) Cicatriz en dorso de mano derecha de tipo hipertrófica de 7x2x1 cm secundaria a herida cortante.

g) Cicatriz en dorso de dedo índice de 4 cm secundaria a herida cortante.

h) Cicatriz en dedo meñique derecho de 0,5 cm secundaria a herida cortante.

i) Cicatriz en cresta ilíaca izquierda de 3x1 cm de origen quirúrgico.

j) Cicatriz en hipogastrio de 10 cm de origen quirúrgico.

k) Mácula discrómica de 10 cm en abdomen, secundaria lesión dermo epidérmica.

l) Cicatriz hipertrófica inter glútea de 10x3 cm, secundaria a escara sacra.

ll) Cicatriz en rodilla derecha de 2 cm secundaria a herida cortante.

m) Cicatriz en dedo mayor derecho en número de 2 de 1 cm cada una secundaria a herida cortante.

n) Cicatriz en dorso de dedo anular derecho de 1 cm secundaria a herida cortante.

ñ) Cicatriz para umbilical izquierda de 4 cm, secundaria a herida cortante.

o) Cicatriz en mentón de 3 cm, secundaria a herida cortante (ver pericia de fs. 608/609).

De la prueba de autos (informe pericial precitado), surge que el actor deambula con dificultad, con una marcha asimétrica que se evidencia a simple vista, y que realiza maniobras lentas, pausadas y no habituales para una persona joven (ver en especial fs. 608).

No habrá mejoría, sino por el contrario, con el paso de los años la sintomatología se acentuará y requerirá nuevos y más complejos tratamientos y medicación para mitigar el dolor que es de tipo permanente (ver fs. 615).

La rehabilitación no aportará más beneficios a la funcionalidad pero podría contribuir a disminuir el dolor de las diferentes regiones, para lo cual serían necesarias 3 sesiones semanales con un costo estimado por sesión de \$ 150 en períodos de 10 sesiones, lo cual *“podría serlo de por vida dado que las dolencias no desaparecerán con el transcurso del tiempo, incluso podrían acentuarse”* (fs. 616, punto 5).

Las lesiones dificultarán la vida del actor en su totalidad (actividad física, laboral, sexual y social) (fs. 616, punto 4).

También tengo presente lo informado por el perito en orden a que las personas que padecen el tipo de patología mencionadas anteriormente desarrollan intolerancia y desapego al tratamiento dado que no evidencian

mejoras definitivas, sino que mínimas y transitorias, lo cual genera estados de depresión, ansiedad y frustración que los llevan a resistirse al tratamiento y abandonar el mismo (fs. 616, punto 6).

El actor fue asistido psicológicamente durante la internación, con el transcurso del tiempo, al hacerse consiente de sus dolencias, secuelas, limitaciones funcionales, sociales, deportivas, sexuales, laborales y en el resto de su vida de relación, se acentuó e instaló un padecimiento psicológico (ver fs. 619).

En cuanto a la incapacidad psicológica, el actor presenta neurosis postraumática y es considerada como R.V.A.N. (reacción vivencial anormal neurótica) con manifestación depresiva grado II-III que ha requerido tratamiento intensivo. Existe remisión de los síntomas agudos, pero se verifican alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria; la forma de presentación son la depresión, crisis conversivas, de pánico y fobia, reversible con tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico.

Presenta una incapacidad del 20% de la laborativa (si bien en el informe pericial de fs. 610 se alude al 25%, en el título de fs. 611 se puso un 20%, lo que concuerda con lo expresado por el perito a fs. 612 y 614 punto "D").

**3.2.3.4.** La incapacidad sobreviniente evalúa la imposibilidad de la víctima para producir y actuar en el futuro, representando la merma genérica en la capacidad de la misma, que se proyecta sobre las diferentes esferas de su personalidad (art. 1083, Código Civil) (esta Cámara, Sala I, causa B. 70.115, 3/10/91, RSD. 164/91; Sala III, causa 91.020, 16/8/2006, RSD. 128/2006). Su merituación se realiza sobre la base de los elementos de juicio aportados (arts. 163, 164, 165, 330, 354 inc. 1, 375 y 384, C.P.C.C.).

El recurrente comienza su crítica, perdiendo de vista que se ha aplicado la tabla de incapacidades múltiples (Simonin, "Tratado de Medicina Judicial. Incapacidades múltiples", ed. Juris, 1980, pág. 804), cuya operatividad evitaría un resultado que superara el 100% de minusvalía, con la consecuente incidencia en la cuantificación dineraria.

Luego cuestiona la ponderación de la minusvalía, perdiendo de vista que el grado de incapacidad debe determinarse en virtud de la persona que la sufre y no por simple aplicación abstracta de tablas (Vazquez Vialard, Antonio, "Accidentes y enfermedades del trabajo", Hammurabi, Bs. As., 1986, pág. 325).

Es que la indemnización de la incapacidad física sobreviniente debe ser fijada teniendo en cuenta la faz laborativa del damnificado así como sus otras actividades, considerando el sentido y alcance en que tal incapacidad ha venido a proyectar sobre toda su personalidad, debiendo atenderse a la edad, sexo y demás características personales del accidentado y a la incidencia que, en su caso, ha de portar aquella minoración para sus futuras posibilidades (conf. doct. art. 1068 y concs., Código Civil) (SCBA, C. 109.574, 12/3/2014), por lo que no corresponde limitarla a su capacidad productiva.

Con tal plataforma de marcha, bajo el vocablo incapacidad he de computar a los efectos de una reparación plena: a) la lesión en sí misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad estrictamente física, que comprende daño traumatológico, daño estético emergente de la renguera y limitaciones funcionales); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida de relación toda, al amenguar y dificultar sus interrelaciones con los otros en el plano social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etc., al lado de similares

inconvenientes e impedimentos en sus relaciones con las cosas (para lo que puede utilizarse la denominación de incapacidad o disminución de la capacidad integral del sujeto); y e) el daño o incapacidad psíquica o psicológica, comprendiendo el grado de incapacidad y tratamiento (ver en este sentido voto del Dr. Roncoroni en las causas L. 70.185, del 23/10/2002 y Ac. 90.471, del 24/5/2006).

Ello, sin perjuicio de que el daño a la persona ("daño a la persona misma") puede obrar sus consecuencias en dos planos de interés jurídico, igualmente tutelables (indemnizables): el material y el moral. En tal sentido, la afectación estética, al igual que la incapacidad física y la psíquica, pueden influir en uno y en otro aspecto, o no. Esta repercusión es una cuestión concreta propia de cada caso. De ahí que, distinguir el daño estético del daño físico y psíquico a los fines de resarcir la incapacidad resultante, obra solamente como una cuestión de buen orden y claridad en la pretensión contenida en la demanda (o en la reconvención), pero no se trata estrictamente de daños autónomos: uno y otro convergen (o pueden convergir) para determinar la secuela de incapacidad, que es lo indemnizable (daño causado). Sin perjuicio de ello, todos los sufrimientos o privaciones que el damnificado haya padecido en sus más "altos afectos" (plano extrapatrimonial), pueden ser también valorados para la reparación del daño moral (si es que fue reclamado). Y no hay en esto doble indemnización por la misma causa, sino que se trata de resarcir a la persona por la totalidad de menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1, convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. esta Cámara, Sala I, causas B-87.389, del 31/10/98, RSD. 64/98, según voto del Dr. Sosa; 95.640, del 13/9/2001, según voto del Dr. Marroco).

A pesar de ello, nada impediría su tratamiento independiente si resultare, en forma clara, que las indemnizaciones no se superponen, y que se ha cuidado el contenido de cada una de ellas. De cualquier modo, a fin de evitar que esto se produzca, resulta aconsejable una consideración global de los desmedros producidos en las diversas esferas del individuo, en especial, porque para su cómputo, es de ponderable aplicación

Ahora bien, la incapacidad sobreviniente comprende las secuelas o disminuciones físicas o psíquicas que pudieren quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento (conf. SCBA, Ac. 42.528, 19/6/90, "Ac. y Sent." 1990-II, 539; Ac. 54.767, 11/7/95; Ac. 79.922, 29/10/2003), lo que no puede confundirse con lucro cesante, que consiste en el resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir durante el tiempo que haya demandado la curación de la víctima (SCBA, Ac. 52.258, 2/8/94; Ac. 75.918, 21/11/2001; C. 96.838, 24/8/2011, por mayoría -el voto de la minoría no propicia el cambio de doctrina-; C. 95.167, 5/12/2012), siendo reparaciones que no resultan excluyentes entre sí (SCBA, Ac. 52.258, 2/8/94).

Al agravarse de la lesión estética, entiende que la reparación se ha circunscripto a las cicatrices, lo cual es incorrecto ya que la Jueza de primer grado fijó la indemnización por incapacidad física considerando la marcha disbásica (renguera) (ver fs. 707 vta.), por lo que deben desestimarse los agravios vertidos.

En consecuencia, para la determinación de la incapacidad sobreviniente, corresponde atender, además de las lesiones detalladas en el punto 3.2.3.3 (lesiones de índole traumatológico o físicas 40% de incapacidad parcial y

permanente -fs. 616, punto 7-; daño psicológico con una incapacidad parcial y permanente del 20% -fs. 619 punto d-; lesiones urológicas con una incapacidad parcial y permanente del 30% que fueron ponderadas aunque no en forma muy clara tanto por el perito como por la jueza de la instancia de origen al aludir a las lesiones traumáticas -fs. 608, punto 5 y 617, punto 6 y fs. 706 y vta.-; daño estético comprensivo de las cicatrices y renguera; incapacidad derivada del dolor en el 9% -fs. 613, primer párrafo y Tabla para evaluar el dolor y guía para evaluar el dolor, en Código de Tablas de Incapacidades Laborativas, de Rubinstein, Santiago J., ed. Lexis Nexis, 4ta. Edición ampliada y actualizada, 2005, págs. 313/317-), las circunstancias personales de la víctima, tales como su edad al momento del accidente (21 años), sexo (varón), emplazamiento familiar (soltero), dificultad para realización de tareas habituales (rentadas y no rentadas), medio socio económico en el que se desenvuelve y cualquier otro dato que permita conocer el modo en que las secuelas existentes pueden repercutir en su vida de relación y salario mínimo vital y móvil. En base a tales parámetros, y lo peticionado, considero que corresponde otorgar la suma de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA MIL (\$ 440.000) (arts. 12, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384, 401, 456 y 474, C.P.C.C.; 505, 514, 901, 902, 903, 904, 905, 1067, 1068, 1069, 1083, 1113 y cctes. Código Civil).

#### **3.2.4. Lesión estética.**

**3.2.4.1.** El actor reclamó la suma de \$ 150.000 por las secuelas estéticas (cicatrices y renguera).

**3.2.4.2.** El juzgador de origen otorgó la suma de \$ 50.000 para los tratamientos correspondientes a la mejora de las cicatrices. La renguera la consideró conjuntamente con la "incapacidad sobreviniente".

**3.2.4.3.** El actor limita el reclamo a la inclusión de la renguera como daño estético al igual que la limitación funcional.

**3.2.4.4.** Las lesiones estéticas provenientes de la renguera y limitaciones han sido merituadas al evaluar la incapacidad sobreviniente (el perito analizó el aspecto físico, traumatológico, y psicológico y he considerado razonable no dividir su proyección en el ámbito patrimonial), razón por la cual me remito a lo expuesto en el punto 3.2.3.

En cuanto al costo del tratamiento, si bien el importe fijado (\$ 50.000) para el tratamiento médico quirúrgico o estético para mejoras el aspecto de las cicatrices no ha sido cuestionado por el actor, por la apelación adhesiva he de ponderar su importe.

Considero que la suma otorgada es razonable ya que: a) debido a las múltiples cicatrices, sólo de algunas de ellas podría obtenerse algún tipo de mejoría mínima que no tendría representación significativa al momento de evaluar riesgos y beneficios, puesto que continuaría presentando una cicatriz ya que las mismas son de carácter definitivo y permanente (fs. 615, punto 3); b) el costo de un eventual tratamiento estético por una cicatriz pequeña de 2-3 cm que no requiera cirugía oscilaría entre los \$ 2000 a \$ 3000 (fs. 615, punto 5), c) que no se aportó otro elemento de prueba que permita inferir el costo de un tratamiento quirúrgico, por lo que en función de la relación riesgo-beneficio, he de limitar la reparación a un tratamiento sin cirugía de las cicatrices descriptas en el punto 3.2.3.3.f. y siguientes, cuyo largo totaliza aproximadamente 55 cm a razón de \$ 1500 el cm, y que me permite considerar razonable la suma otorgada.

### **3.2.5. Daño psicológico.**

**3.2.5.1.** El actor reclamó la suma de \$ 160.000.

**3.2.5.2.** La Jueza de primer grado, dijo que en su dictamen la perito médica refiere que el actor presenta una RVAN (reacción vivencial anormal neurótica) con manifestación depresiva grado II-III que ha requerido tratamiento intensivo. Manifiesta que existe remisión de los síntomas agudos, pero se verifican alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria; la forma de presentación son la depresión, crisis conversivas, de pánico y fobia, reversible con tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico determinando una incapacidad del 25% (remite a fs. 610), aunque a fs. 614, respuesta D da un porcentaje menor (20%).

En base a tal cuadro, otorga un monto por el tratamiento psicofarmacológico sobre la base de un lapso de 18 meses con un valor promedio de \$ 2800 otorga la suma de \$ 50.400 (18x2800) y rechaza la reparación por el porcentual indicado de incapacidad psíquica.

**3.2.5.3.** La actora considera que dado el tiempo transcurrido desde el accidente el cuadro del actor es crónico máxime cuando las secuelas físicas son irreversibles y siempre ha sido tratado por profesionales en la materia.

En función de ello pide reparación por el porcentual del 25%.

**3.2.5.4.** Si bien es cierto que el perito expresó que la depresión, crisis conversiva de pánico y fobia, es reversible con tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico, también dijo que con el tiempo (debido a las dolencias del actor) se acentuó e instaló un padecimiento psicológico, que requiere tratamiento psicológico, que las secuelas sufridas son de por vida y pasibles de desencadenar frustraciones en todos los planos de la psiquis, y que las limitaciones que padece pueden gatillar una depresión que le demandará un tratamiento psicofarmacológico con un costo mensual aproximado en medicación que oscilaría entre las sumas de \$ 1000 a \$ 1500 y honorarios profesionales de \$ 3000 a \$ 4000 mensuales. También dijo que el actor presenta una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva grado II-III equivalente a un 20% (ver pericia a fs. 607/617 y explicaciones de fs. 632/633).

Considero, atento el tiempo transcurrido (el accidente ocurrió el 25/10/2008 y el accionante fue peritado el día 22/3/2013), tratamiento realizado por el actor (ver Historia Clínica y los antecedentes referidos a fs. 610), que el tratamiento indicado constituye un paliativo a las diferentes formas en que se presenta la dolencia depresiva del actor, que no modifica el grado de incapacidad del 20%, cuya ponderación ya ha sido realizada en el punto 3.2.3.4 (esa es una de las razones por las cuales ante la divergencia del perito en orden a los porcentuales -20/25%- se tomó el más bajo).

En cuanto al tratamiento, considero razonable el importe otorgado por la Jueza de la instancia de origen, por lo que propicio su confirmación (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

### **3.2.6. Daño moral.**

**3.2.6.1.** Si bien el actor no cuestionó el importe otorgado en concepto de daño moral (\$ 195.000), por el principio de apelación adhesiva he de tratarlo.

**3.2.6.2.** Tal como reiteradamente se ha sostenido, las indemnizaciones en esta parcela no deben guardar necesariamente proporcionalidad con el daño material, pues su fijación como monto depende del hecho generador y se halla sujeta al prudente arbitrio judicial merituando las circunstancias que

rodearon el hecho, edad, y sexo de la víctima (art. 1078, Código Civil, 165 del C.P.C.C.; SCBA, Ac. 21.311, Ac. 21.512, Ac. 31.583, Ac. 41.539).

A su vez, debe ponderarse el dolor humano como agravio concreto a la persona, y más allá de que se entienda que lo padecido no es susceptible de ser enmendado, es lo cierto que la tarea del juez es realizar "la justicia humana" y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos. No hay "lucro", porque este concepto viene de sacar ganancia o provechos, y en estos supuestos de lo que se trata es de obtener compensaciones ante un daño consumado; y un beneficio contrapuesto al daño, el único posible para que se procure la igualación de los efectos, dejando con ello en claro el carácter resarcitorio que se asigna al daño moral (conf. Belluscio, Código Civil Anotado, t. 5, pág. 110 citando a pie de página a CNCiv., Sala C, L.L. 1978-D, 645, y a Mosset Iturraspe; esta Cámara, Sala III, causas B-83.346, RSD. 164/96; y B-79.317 RSD. 49/95; 89.362, RSD. 71/99).

Asimismo valoro, que han de primar normas de prudencia y razonabilidad sin incurrir en demasías decisorias para evitar que el reclamo se transforme en fuente de enriquecimiento indebido, o en un ejercicio abusivo del derecho (nota art. 784, 1077, 1078 del C. Civil, esta Cámara, Sala III, causas B-84.430, RSD. 37/97 y B-83.966, RSD. 77/97).

Conforme a ello, a las apreciaciones teóricas que han sustentado mi análisis, considerando las lesiones padecidas, sus consecuencias a nivel de los sentimientos: angustia, dolor que le provocó el traumatismo y los sinsabores emocionales que le provocan la lesión sufrida (me remito a lo expuesto), y haciendo uso del arbitrio judicial, estimo justo y equitativo el monto otorgado (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.; 1078 y 1083, Código Civil).

### **3.2.7. Pérdida de chance.**

**3.2.7.1.** El actor reclama la suma de \$ 200.000 por haber visto frustrada su chance en los estudios y en la faz laboral.

Dice que no fue tomado por la empresa SIDERAR por sus problemas en la cadera.

**3.2.7.2.** La Jueza de primer grado, consideró que de la contestación de oficio que obra a fs. 581/590, la AFIP informó que el actor estaba en relación de dependencia desde el año 2010 hasta la fecha de contestación (abril 2013) en relación de dependencia, siendo sus empleadores la empresa SESA INTERNACIONAL S.A. y SIDERAR, lo cual se corrobora con el informe del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 595/601). También dijo que no se acreditó que las lesiones padecidas afecten la posibilidad de continuar sus estudios universitarios, máxime cuando se le ha reconocido el costo del tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico. En función de ello rechazó el rubro en cuestión.

**3.2.7.3.** El recurrente antepone su criterio personal con el del juzgador, sin traer fundamentos serios que permitan variar lo decidido, olvidando que el actor tiene una ocupación laboral que puede haber incidido negativamente en la continuación de la carrera universitaria. Tampoco surge de la pericia psicológica que las graves dolencias padecidas sean la causa del abandono de la carrera universitaria (no se le preguntó al respecto al perito). El mero ingreso a una carrera universitaria no es indicativo de su conclusión, sin que el informe de fs. 473/485 (inscripto en la carrera de abogacía en el año 2008, cursó

Introducción al Derecho en el segundo cuatrimestre de 2008 y primer cuatrimestre de 2009, registrando un desaprobado en ambas ocasiones, aprobó Historia Constitucional con 6 el 5/7/2008 y Derecho Romano con 7 el 5/7/2008, cursadas), ni del informe de fs. 557/572 (no ha perdido regularidad, no presentó certificado de discapacidad, no ha cursado o rendido otras materias pueda variar lo expuesto, actas de promoción de fs. 567 y 568). Por otra parte, la minusvalía y su proyección en la vida del actor ha sido considerada al merituar la incapacidad psíquica y física. En consecuencia, corresponde confirmar lo resuelto en la instancia de origen (arts. 499, Código Civil; 163, 164, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

### **3.2.8. Desvalorización monetaria. Tasa de interés.**

**3.2.8.1.** Considero que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 no son inconstitucionales, sin que la existencia de un proceso de desvalorización de la moneda pueda variar lo expuesto, ya que la norma prohibió un mecanismo (la utilización de índices de ajuste o indexación) y no un resultado, razón por la cual no se ve alterado el derecho de propiedad del interesado, máxime cuando la reparación ha sido calculada a valores actuales, por lo que no se observa infracción al principio de reparación integral.

En consecuencia, no corresponde admitir el agravio en cuestión (arts. 163, 164, 260, 261, 266, 375 y 384, C.P.C.C.).

### **3.2.8.2.** La actora solicita la aplicación de la tasa activa.

Con relación a la tasa de interés aplicable, no es ocioso destacar que la Suprema Corte provincial ha declarado reiteradamente que -al no haber tasa de interés convencional ni legal aplicable- a partir del 1° de abril de 1991, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 622, Código Civil) con arreglo a la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (causas Ac. 57.803, 17/2/98; Ac. 72.204, 15/3/2000; Ac. 68.681, 5/4/2000; L. 76.276, 2/10/2002; L. 77.248, 20/8/2003; L. 80.710, 7/9/2005; Ac. 92.667, 14/9/2005, entre otras), lo cual se mantuvo pese al abandono de la paridad cambiaria (ley 25.561) (ver opinión mayoritaria en la causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi").

Ahora bien, siendo que la reparación ha sido fijada con criterio de actualidad, las argumentaciones vertidas por el recurrente pierden sustento, por lo que propicio confirmar la tasa de interés fijada. Pero, a partir de la vigencia del C.C.C.N. (1/8/2015), deberá liquidarse conforme la tasa pasiva que fije la reglamentación del Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.) -en el caso que así sea, de lo contrario seguirá aplicándose la tasa fijada en la sentencia- y hasta su efectivo pago (arts. 163, 164, 260, 261, 266 y 384, C.P.C.C.; 3 y 622, Código Civil; 7 y 768, inc. "c", C.C.C.N.).

Voto por la **NEGATIVA**.

**A la misma primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. López Muro dijo:**

En las presentes actuaciones se ha discutido la responsabilidad del titular del automóvil que fuere utilizado por su conductor para lesionar al actor.

En mi opinión, procede la eximición de responsabilidad enarbolada por el titular del automotor. En votos anteriores esta Sala ha dicho "cuando en la producción del daño interviene una cosa que presenta riesgo o vicio, el dueño o

guardián responden de manera objetiva. Por lo tanto, la culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos por el precepto para realizar la imputación” (Causa 118361 RSD 56/15 S 30/04/2015 Carátula: "Santa María, Sergio Daiel y otra c/ Maroni, Sergio s/ Daños y Perjuicios" Sum. Juba B257831).

En el caso que nos ocupa, la solución que he de brindar difiere tanto de aquel precedente como de la opinión de mi colega por cuanto no se trata en autos de un daño causado “por el riesgo o vicio de la cosa”.

Claramente ha quedado demostrado en autos, que la causa del daño no fue tal, sino el uso que se le dio a la cosa.

Esta distinción ha sido claramente señalada en autos por el Dr. De Lázzari indicando que “ el art. 1113 del Código Civil no habla de cosa riesgosa, sino del riesgo de la cosa, el que puede resultar de la conexión con diversos factores, por lo que el Juez en cada oportunidad debe preguntarse si la cosa genera un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima.” (Sumario Juba B4003141, SCBA LP A 70813 RSD-133-15 S 06/05/2015).-

Asiduamente se transcriben las palabras de nuestro Superior Tribunal en fallos en los que se dice que “El art. 1113 del Código Civil estatuye que, si el daño es causado por una cosa riesgosa, el dueño o el guardián solo se eximirá de responsabilidad acreditando que la culpa de la víctima o de un tercero interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño.” (por todos, ver sumario Juba B28448).

Tales citas y transcripciones y en particular su ligera comprensión pueden llevar a graves confusiones.

Como puede observarse, lo que se afirma en la cita es erróneo, pues nuestro Código Civil no dice que lo que allí se afirma: con gran agudeza el legislador se ha referido al daño causado “por el riesgo o vicio de la cosa” y no por la “cosa riesgosa”.

Larga discusión existe sobre el tema, y no pretendo reeditarla, “brevitatis causa”. Basta decir que todas las cosas capaces de causar daño son, eventualmente, peligrosas. Las que son incapaces de causar daño, aunque sea obvio señalarlo, habrán de tenerse siempre por no peligrosas y, también es obvio pero hay que decirlo; es imposible causar un daño con una cosa que por sus características no puede provocarlo.

Si por ese andarivel concluimos que todas las cosas capaces de causar daño son peligrosas, no habrá posibilidad de que ocurra el daño causado con una cosa no peligrosa, o sea que el primer supuesto de la segunda parte del art. 1113 C. Civil no tiene contenido.

En verdad hay que señalar en que en los supuestos en que un ejecutor hábil ha utilizado con maestría la cosa para causar daño, estamos en el supuesto en que el dueño o guardián deberá demostrar que no hubo culpa, esto es que tomó los resguardos razonables para evitar el uso de la cosa.

Y esos resguardos se presumen cuando la cosa ha sido utilizada para cometer un delito, a menos que se presuma que el dueño o guardián cedió su uso para tal fin, lo que conllevaría su procesamiento por complicidad, lo que claramente no ha ocurrido en autos.

Lo cierto, y ello no está debatido, es que el daño no respondió al riesgo del automóvil, sino que fue su conductor quien lo utilizó diestramente para causar daño y contra la voluntad del titular dominial, cuyo permiso o tolerancia

no pueden suponerse ni presumirse en las circunstancias en que se llevaron a cabo los hechos.

Por tal razón, encuentro que el hecho debe encuadrarse en el primer supuesto de la segunda parte del art. 1113 y tenerse por admitido que la cosa fue utilizada contra la voluntad del titular dominial H. No afecta a esta opinión la circunstancia de que éste haya denunciado haber vendido el automotor a los codemandados C. y P. ni de las vicisitudes procesales que puedan haber recaído por falta de traslado a los mismos de tal excepción.

En cuanto a los agravios vertidos respecto a los rubros rechazados, la cuantificación de los rubros acogidos, cómputo de intereses y actualización por desvalorización monetaria, adhiero al voto que antecede.

Consecuentemente, con el alcance indicado, voto por la **NEGATIVA**.

**A la misma primera cuestión planteada, el Sr. Presidente Dr. Hankovits dijo:**

I.- Dada la temática jurídica que concita las presentes actuaciones, y atento la ausencia de criterios jurisprudenciales específicos sobre la misma, es que voy a realizar ciertas consideraciones a mayor abundamiento.

Liminarmente, cabe señalar que dado que la situación de autos ha quedado consumado bajo la vigencia de la legislación civil anterior, ha de ser entonces aplicable dicho régimen jurídico (art. 7 del CCC).

En el contexto jurígeno del Código Civil de Vélez Sarfield, respecto de las cosas, el texto del artículo 1.113 –reformado por la ley 17.711- refiere a dos situaciones distintas. Por una parte, el daño causado con las cosas; y por otro lado, el daño ocasionado por las cosas o por el hecho de las cosas. La ley no ha creado un *tertius genus* entre las cosas que tienen riesgos y las que no los tienen, o sea una categoría que sin tener riesgos no caen dentro del ámbito de éstas, como si estuviesen en una situación intermedia por la necesidad de un cuidado o vigilancia especial para evitar que dañen. Bien podría decirse que existen infinitos grados de participación de las cosas en la causación de los daños. Mas, el legislador civil hubo de simplificar el régimen entre cosas riesgosas y cosas que no lo son en la producción de daños (conf. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Jorge Bustamante Alsina, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 412/413).

II.- Sentado ello, de la sentencia dictada en sede represiva -y de cuyos hechos el juez civil no puede prescindir so pena de incurrir en escándalo jurídico; art. 1102 del Cod. Civ- ha quedado acreditado y decidido que S. E. C. embiste **intencionalmente** con el vehículo que conducía a F. L. B. D. Ello así a tenor de la prueba colectada y allí valorada por la que se determinó que aceleró al momento de atropellamiento, que no se detuvo por lo que paso por encima a la víctima con la rueda trasera, y que no había otros vehículos en la calzada que tuviera que esquivar. Todo ello llevó a la condena del encartado (fs. 189/196 vta. de la causa penal acollarada n° 3352-J).

"La autoridad de cosa juzgada" que emana de la sentencia penal de condena alcanza no solamente al hecho principal sino también a las circunstancias en que se cometió y que fueron meritadas por el juez de la causa. Y que ello es así, no sólo porque resulta aplicable el art. 1102 del Código Civil, sino porque debe evitarse el escándalo jurídico que se produciría si distintos jueces (cualquiera sea el fuero) arribaran a pronunciamientos contradictorios. (SCBA C. 98.848, sent. del 3-12-2008; entre otras).

De las actuaciones civiles surge que el automóvil Fiat 147 dominio AAN183 que fue utilizado el 25/10/2008 en el hecho delictual pertenece en su titularidad a J. J. H., quien al momento de contestar la pretensión contra él incoada opone excepción de falta de legitimación pasiva alegando que el 7/12/2007 vendió a los progenitores del conductor el automóvil en cuestión. Excepción que fue acogida favorablemente por la Juez de la instancia anterior (fs. 703/705 vta.; 711), lo que motiva el alzamiento de la parte actora (fs. 731 vta. y sigtes).

Cierto es que, como lo pone de manifiesto la propia *iudex a quo*, no existe prueba fehaciente de la transmisión legal del vehículo de marras (fs. 705), mas por considerar que el daño fue con la cosa y no por la cosa, adoptó la solución que se mencionara.

III.- Dado las posiciones jurídicas enarboladas las partes, y a las que se han adscripto los distinguidos colegas preopinantes, más allá de las consideraciones generales vertidas en el acápite I de este voto, es necesario profundizar en la materia para darle solución jurídica al conflicto de intereses con relevancia legal planteada en la especie.

En ese orden, tengo la convicción que la causación objetiva del daño es por un factor externo al riesgo propio o vicio de la cosa ya que, en las particulares circunstancias de autos, la cosa riesgosa fue utilizada como instrumento idóneo para provocar el perjuicio y obedeció a la pura voluntad del conductor en atención a su actitud dolosa.

Vale señalar, como lo pone de relieve el Juez López Muro en su voto, que el propio art. 1.113, 2° párrafo, última parte, no refiere a cosas riesgosas o viciosas, sino al riesgo o vicio de la cosa. Un automóvil no es en sí mismo una cosa riesgosa sino generalmente cuando circula. Esto es, no es riesgoso por su naturaleza. Y el daño se debe producir por el riesgo mismo de la cosa. En la especie, el menoscabo se provocó por el uso doloso de una cosa –con cierto riesgo- que se sujetó pasivamente a los designios de quien la empleó para su fin ilícito. Podría haber utilizado un martillo o masa y nadie dudaría que el daño es con la cosa.

En definitiva, en mi criterio, el vehículo se presenta como un mero instrumento del accionar de C., y respondió dócilmente a su obrar por lo que cabe descartar la aplicación de la teoría del riesgo creado y subsumir el caso en el art. 1.113, 2° párrafo, primera parte del Código Civil, que regula los supuestos de daños causados con las cosas.

Sostiene LLambías que “La noción de daños causados con las cosas abarca todos los supuestos de hecho del hombre (...) ejecutados con la instrumentación de cosas: es que un daño obrado con una cosa es el efecto de un acto humano, es decir de una acción que emana de un sujeto agente que aparece como autor de ese acto”. Los daños causados con las cosas “son necesariamente daños producidos con la intervención de cualesquiera cosas que no asumen eficiencia causal –la causa es el sujeto agente-, sino que tienen una función instrumental con respecto al daño” *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones-*, Abeledo –Perrot, Bs. As., 2005, T. IV-A, pp. 552/554).

Igualmente, Trigo Represas expresa que “en el nuevo art. 1113 del Cod. Civil subsisten las dos categorías tradicionales de daño causado por ‘el hecho del hombre’ ‘con’ una cosa, es decir valiéndose o utilizando aquél a esta última; y de daño propiamente provocado ‘por’ la cosa, o sea por su ‘vicio o riesgo’ a estar a nueva terminología legal. No interesando entonces, bien se ha

señalado, 'cómo' es la cosa, sino más bien, 'cómo' se produjo el daño, 'qué' fue lo que lo causó, para determinar el rol que le cupo en ello a la cosa y, en consecuencia, decidir si el daño se ocasionó 'con' o 'por' ella. En realidad no se trata pues, entonces, de calificar a una cosa 'per se' de peligrosa o no, sino de considerar ex post-facto de qué manera se produjo el daño y si la cosa por sí sola era idónea para provocarlo, podía normal o regularmente llegar a producirlo, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos –art. 901, Cód. Civil-; o sea que se trata en suma, propiamente de un problema de relación de causalidad.” (autor cit., *Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores*, Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales, T III, p. 1139).

“Cuando se trata –afirma el citado jurista- de daños causados 'por el riesgo o vicio de la cosa', el grado de presencia o participación humana en la estructura del proceso causal no resulta tan evidente ni esencial; tratándose por el contrario de un acontecer en alguna medida autónomo de la cosa e independiente del quehacer del hombre, quien aparece por lo tanto desplazado de su rol protagónico a un segundo plano, en donde su intervención sólo habrá de jugar en función de 'mediatez'.”. (Idém). Ello no es lo que acontece en la especie, conforme los hechos acreditados.

Asimismo, no cabe soslayar que aún bajo la hipótesis de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, se establece como causal de exculpación –más allá de que la misma es admisible también para el daño generado 'con' la cosa- si la misma se usó contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. En este último supuesto, se está aludiendo a una voluntad tácita en el sentido del art. 918 del Cód. Civil. En ese orden, de la causa no se evidencia que el titular registral avalara el uso que se le dio la cosa de parte de C. –atropellamiento de un joven-, en los términos del dispositivo legal citado (art. 384 del CPCC).

Más a allá de ello, es dable referenciar lo expuesto por el Magistrado Le MarcHadour en el fallo plenario de la Corte de Casación francesa del 13 de febrero de 1930, quien adscribe a la corriente que entiende que el perjuicio provocado por un automotor constituye un supuesto típico de daños causados por el vicio o riesgo de la cosa, mas no deja de meritarse a ese efecto que es “la fuerza utilizada la que condiciona el accidente, mucho más que la personalidad del conductor” (Mazeud H. L. y Tunc A., *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* Ejea, Bs. As., 1950, T. 2, vol. I, p. 277, núm. 1246), dado que “no resulta antijurídico ni contrario a la ley considerar entonces que hay daño de la cosa, cuando ésta no está bajo el control efectivo del hombre, porque es sobrepasado por la acción de la misma” (Galli E., *Los daños de automóviles en circulación como daños de cosa inanimada*, LL T. 15, sec. Doctrina, p. 17).

Itero, “más que atenerse *in genere* a la intrínseca naturaleza –peligrosa o inofensiva- de las cosas, lo que corresponde tener en cuenta es si, de acuerdo a la circunstancias concretas del caso dado, puede considerarse a la 'cosa' en cuestión como *causante* del daño; pues lo esencial y decisivo es la *incidencia causal de la misma* en el resultado nocivo, al margen de su condición o no de 'cosa riesgosa'. Es más, desde un punto de vista teórico, también es posible pensar en un menoscabo causado 'con' una cosa de por sí 'riesgosa' o 'viciosa', si del examen del proceso causal resulta que ella actúa en la emergencia como un mero instrumento del obrar humano; o sea, dicho de

otra forma: 'que podría haber incluso un vicio de la cosa pero no encontrarse allí la causa eficiente del daño' ". (Cazeaux –Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, T. V, LEP, Avellaneda, 1996, p. 253); lo que entiendo aplicable a estos obrados.

Para concluir, como claramente lo pone de relieve el notable jurista platense E. Galli "Una vez más, la realidad jurídica ira moldeando la norma y una vez más, también, tendrá aplicación aquel agudo pasaje de Demogue: 'los hechos han hablado, inclinémonos.'" (ob. cit. p. 18).

**IV.-** Encuadrándose entonces la situación juzgada en el art. 1.113, 2° párrafo, primera parte, del Cód. Civil –daño 'con' la cosa y no 'por' la cosa-, y habiendo el titular registral codemandado revertido la presunción legal allí contenida en torno a su responsabilidad subjetiva –esto es que el perjuicio no se produjo por su culpa-, corresponde confirmar el pronunciamiento puesto en crisis.

En esta parcela recursiva, adhiero al voto del Sr. Juez Dr. López Muro. Así lo voto.

**A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo:**

Atendiendo al acuerdo alcanzado, por mayoría, corresponde y así lo propongo: 1) confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado J. J. H., con costas por su orden; 2) revocarla parcialmente, admitiendo al rubro "lucro cesante", que prosperará por la suma de PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS (\$ 4500); 3) modificarla en cuanto a: a) el rubro "Incapacidad sobreviniente" que se eleva al importe de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA MIL (\$ 440.000), que incluye la lesión estética por renguera y limitaciones funcionales y el daño psicológico o psíquico, excluyendo el costo del tratamiento; y b) la tasa de interés, que a partir de la vigencia de C.C.C.N. (1/8/2015), deberá liquidarse conforme la tasa pasiva que fije la reglamentación del B.C.R.A. -en el caso que así sea, de lo contrario seguirá aplicándose la tasa fijada en la sentencia- y hasta el efectivo pago; 4) confirmarla en lo demás que decide y fuera motivo de recursos y agravios. Postulo que las costas de segunda instancia se impongan al actor por la actuación de J. J. H. y a los codemandados S. E. C., M. O. P. y O. R. C. por lo que progresa la demanda (arts. 68, 260, 272 y 274 C.P.C.C.).

**ASI LO VOTO.**

En un todo de Acuerdo, los doctores López Muro y Hankovits adhieren al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:.

**S E N T E N C I A**

**POR ELLO,** y demás fundamentos expuestos: 1) se revoca parcialmente la sentencia recurrida, admitiendo al rubro "lucro cesante", que prospera por la suma de PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS (\$ 4500); 2) se la modifica en cuanto: a) el rubro "Incapacidad sobreviniente", que se eleva al importe de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA MIL (\$ 440.000), que incluye la lesión estética por renguera y limitaciones funcionales y el daño psicológico o psíquico, excluyendo el costo del tratamiento; y b) la tasa de interés, que a partir de la vigencia de C.C.C.N. (1/8/2015), se liquidará conforme la tasa pasiva que fije la reglamentación del B.C.R.A. -en el caso que así sea, de lo contrario seguirá aplicándose la tasa fijada en la sentencia- y hasta el efectivo pago; 3) se la confirma en lo demás que decide y fuera motivo de recurso y

agravios. Costas de segunda instancia al actor por la actuación de J. J. H. y a los codemandados S. E. C., M. O. P. y O. R. C. por lo que progresa la demanda. **REG. NOT y DEV.**