

## Danos Y Perjuicios Accidentes De Transito Peaton Embestido Culpa De La Victima Cruce Por Lugar Prohibido

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Accidentes de tránsito. Peatón embestido. Culpa

de la víctima. Cruce por lugar prohibido Se mantiene la sentencia en cuanto atribuyó 50% de responsabilidad al peatón embestido, al haber cruzado por la mitad de la avenida. En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de junio del año dos mil quince, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?Piedrabuena, Pablo Rubén c/ Trotta, Ezequiel Martín y otros s/ Daños y Perjuicios?, respecto de la sentencia de fs. 452/463, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I.- La sentencia de fs. 452/463 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por P R P, y en consecuencia, condenó a E M T y a Liberty Seguros Argentina S.A. a abonar al actor la suma de \$ ... -correspondiente al 50% del monto total de los daños sufridos por este último-, con mas intereses y costas. Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas del actor a fs. 482/485, presentación que no fue replicada por la contraria. Asimismo, el demandado y la citada en garantía expresaron agravios a fs. 487/491, que fueron contestados por el demandante a fs. 494/498. II.- El actor refirió en su demanda que el día 11 de agosto de 2006, aproximadamente a las 13.00 hs., caminaba por la vereda par de la avenida Nazca de esta ciudad y que, cuando se encontraba finalizando el cruce de dicha avenida, a la altura de la numeración 300, por la senda peatonal ?o el lugar destino a ella? (sic, fs. 7 vta.), fue violentamente embestido por la motocicleta marca Honda, modelo XR-250, dominio ... conducida por el Sr. E M T. Añadió que el demandado circulaba a excesiva velocidad y en contramano, por los carriles con sentido Sur-Norte, y que sobrepasó a los vehículos que se encontraban detenidos a la espera que les fuera habilitado el paso férreo allí existente. Asimismo, aseguró que como consecuencia del violento impacto el actor salió despedido unos metros y cayó al pavimento. Reclamó ser indemnizado por los daños y perjuicios que padeció a raíz del infortunio. Al contestar la demanda, el Sr. E M T reconoció la existencia del accidente, pero lo atribuyó al hecho del actor, quien -según sostuvo- en forma imprevista e imprudente cruzó corriendo la avenida Nazca, sorteando a otros rodados que circulaban por dicha arteria, y embistió a la moto del demandado, quien circulaba a escasa velocidad. A su turno, Liberty Seguros Argentina S.A. invocó el límite de cobertura pactado. Asimismo, contestó la citación en garantía, realizó una negativa pormenorizada de los hechos invocados por la contraria, y adhirió al relato del episodio efectuado por su asegurado. En la sentencia en crisis, el colega de grado sostuvo que ambas partes actuaron como agentes con-causales del siniestro, pues consideró, por un lado, que el actor intentó el cruce de la calzada fuera de la senda peatonal y sin tomar los debidos recaudos, y por el otro, que el demandado igualmente debió prever esa circunstancia y tener el pleno dominio de la moto. Por consiguiente -como ya lo adelanté-, admitió la demanda con ese alcance. III.- Desde ya adelanto que los argumentos que vierten los emplazados contra la decisión de grado, en punto a la responsabilidad y los rubros ?tratamiento psicológico?, ?tratamiento kinésico? y ?gastos de farmacia y gastos de traslado y movilidad?, solo resultan, en el mejor de los casos, meras discrepancias con el criterio del juzgador y, por lo tanto, distan de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos contenidos en la sentencia de primera instancia. En efecto, los quejosos solo expresan su desacuerdo con el porcentaje de responsabilidad que el anterior sentenciante atribuyó al Sr. T, y se limitan a afirmar que existen elementos de convicción que acreditan que el actor efectuó el cruce por la mitad de la avenida. Con relación a los rubros indemnizatorios, cuestionan el monto sin dar fundamento alguno. Como es sabido, el artículo 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. De esta manera, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido, o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (Gozáini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426). En definitiva, las manifestaciones que vierten los apelantes en su expresión de agravios respecto de este punto medular de la cuestión traducen un mero disenso con la muy bien fundada sentencia de primera instancia. Y como se ha dicho: ?Disentir simplemente con la interpretación del a quo sin fundar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios? (Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado, La Ley, Buenos

Aires, 2006, t. III, p. 172). Por ello, propongo que se declare desierto el recurso de los emplazados respecto de los agravios atinentes a la responsabilidad y a los rubros ?tratamiento psicológico?, ?tratamiento kinésico? y ?gastos de farmacia y gastos de traslado y movilidad? (arts. 265 y 266 del Código Procesal). IV.- Sentado lo que antecede, corresponde estudiar los agravios que introduce en esta alzada el actor vinculados al aporte causal que el anterior magistrado le adjudicó en la producción del accidente. El quejoso se agravia porque considera que el Sr. juez de grado no debería haber fundado su decisión en base al croquis obrante en la causa penal. Considera que dicho croquis no demuestra el lugar en que sucedió el impacto ni el sentido en que circulaba la moto, sino que tan solo grafica la ubicación de las partes y del vehículo al momento en que llegó el personal policial. Por otra parte, sostiene que deben tener prevalencia los dichos del testigo presencial y del propio demandado por sobre el referido croquis, en cuanto al lugar por el que el actor realizaba el cruce. Solicita que se impute al demandado la exclusiva producción del accidente. A los fines de abordar el tratamiento de las quejas vertidas por el recurrente en cuanto al principal aspecto debatido es pertinente destacar, ante todo, que comparto el encuadre legal de la responsabilidad atribuida al demandado efectuado por el colega de grado, quien analizó la cuestión a la luz de lo dispuesto en el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil. En atención a lo que queda dicho, el actor sólo debía acreditar el perjuicio por el sufrido y la intervención de la cosa que lo produjo o, lo que es lo mismo, la relación de causalidad puramente material entre el vehículo del cual se trata y el daño. Ello es así en la medida en que sobre el creador del riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o la fuerza mayor (Pizarro, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 141; Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 43; Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al artículo 1113 en Belluscio, Augusto C.- Zannoni, Eduardo A. (dirs.), Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, p. 460; Trigo Represas, Félix A., ?Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima?, LL 1993-B-306). En consecuencia, reconocido el contacto material entre la moto del demandado y el Sr. Piedrabuena, se genera a favor del actor la presunción de adecuación causal que resulta del art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil. En otro orden de ideas, como ya lo he señalado en otro precedente de esta sala, si bien la ley se refiere a la ?culpa? de la víctima, lo verdaderamente relevante es que medie un hecho del damnificado -culpable o no- con aptitud suficiente para desplazar total o parcialmente la relación de causalidad adecuada entre el hecho de la cosa riesgosa y los daños cuya reparación se pretende (17/12/2012, ?Straface, Benedicta c/ Peña, Marcelo Gabriel y otros s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 601.965). Asimismo, para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del art. 514 del Código Civil (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior al riesgo propio de la cosa o la actividad). Ello es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 882; Cifuentes, Santos (dir.) - Sagarna, Fernando A. (coord.), Código Civil comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 518; CSJN, Fallos, 321:3519, entre muchos otros). Por lo demás, estas consideraciones se encuentran ahora avaladas por los arts. 1729 y 1730 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pues mientras el primero de ellos se refiere al ?hecho? (y no la culpa) de la víctima como eximente total o parcial, el segundo dispone que únicamente el caso fortuito o fuerza mayor ?exime de responsabilidad?. Asimismo, como también lo puntalicé en otros precedentes (esta sala, 29/02/2012, ?Cariati, Federico c. Heidelberg, Ricardo y otros s/daños y perjuicios?, RCyS 2012-VII, 231; ídem, 21/11/2012, ?Rovetta, Miguel Ángel c/ Espeche, Mauricio y otros s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 594.359), la prueba del hecho de la víctima, en tanto causa de exoneración del responsable, debe ser aportada por este en forma certera e indubitada, sin que sea suficiente con la simple duda acerca del modo en que sucedieron los hechos (Trigo Represas - López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, cit., t. II, p. 882 y sus citas; Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 3, p. 186/187). Sentado lo que antecede, corresponde dilucidar si el actor efectuó el cruce sobre la mitad de la avenida, tal como lo sostiene el demandado. Adelanto que coincido con las conclusiones del colega de grado pues considero que el croquis de la causa penal n.º 32.498, caratulada ?Trotta Ezequiel Martín s/ art. 94 CP.?, que tengo a la vista, debe prevalecer sobre los dichos del único testigo y del propio actor. En primer lugar, pongo de resalto que el demandante, en su escrito inicial, refirió que estaba cruzando la avenida por la senda peatonal o ?el lugar destino a ella? (fs. 7 vta.). Sin embargo, este extremo no surge con tanta claridad de su declaración efectuada con anterioridad en sede represiva. En efecto, a fs. 37 de la causa penal el Sr. Piedrabuena declaró que estacionó la camioneta casi a mitad de cuadra de la mano con sentido a la avenida Rivadavia, descendió del vehículo y tomó la mercadería para entregarla en el supermercado que se encontraba frente de donde había estacionado. No mencionó entonces que previamente se dirigió a la esquina, sino que directamente refirió que observó que el tránsito se encontraba detenido a raíz de que el semáforo estaba en rojo y cruzó.

Por otra parte, del acta de instrucción obrante a fs. 1 de la causa penal, y de la denuncia de siniestro realizada por el demandado a fs. 230, surge que el actor habría cruzado a mitad de cuadra. Sin embargo, considero que resulta definitorio para avalar esta última versión el croquis obrante a fs. 4 de la causa penal. El demandante cuestiona la autoría del mencionado croquis, porque señala que la firma obrante al pie no fue aclarada. Si bien es cierto lo expresado por el recurrente, tengo en cuenta la presencia de una firma sin aclaración en la declaración del Cabo Cristian Sutil (fs. 1 de la causa penal), por lo que cabe presumir que aquella pertenece a este último. Asimismo, el cotejo de esta última firma con la estampada en el croquis me lleva a concluir esta última también pertenece al Sr. S. Sentado lo que antecede, cabe señalar que el Cabo 1° Sutil fue quien se apersonó en el lugar del hecho luego de ocurrido el infortunio, y si bien no presenció ese momento dio cuenta del estado de cosas inmediatamente posterior. En ese sentido, declaró: "En la fecha, siendo las 13:30 horas, en circunstancias en que recorría la jurisdicción a cargo del móvil 250 fue desplazado por CR a Nazca al 300 por choque con heridos. Arribado observo dos personas de sexo masculino los cuales estaban tirados sobre el asfalto de la Avda. Naca frente al 366 de dicha arteria, ambos lesionados. Que cerca de ellos estaba una moto marca HONDA XR -250 dominio ... color rojo?" (sic, fs. 1 de la causa penal). Por otra parte, en el croquis de fs. 4 se puede observar que tanto el actor como el conductor de la moto fueron posicionados en el carril con sentido Norte-Sur y en la mitad de la cuadra. Así las cosas, no puedo más que concluir que el accidente no se produjo en la senda peatonal sino en la mitad de la avenida, y que el demandado no circulaba en contramano, pues tanto la moto como las partes fueron ubicadas en el carril con sentido hacia Rivadavia.

En cuanto al testigo L, considero que sus dichos no logran rebatir las conclusiones que anteceden, por los motivos que seguidamente expondré. El testigo refirió: "iba caminando por la avenida Nazca y ahí está el cruce de la barrera ahí en esa avenida, y había mucho tránsito detenido (...) ve justo el accidente de la moto que venía en contramano, el actor venía cruzando casi llegando a la vereda?". (vid. respuesta a segunda pregunta, fs. 239/239 vta.). Añadió el deponente que la moto venía circulando por Nazca hacia Rivadavia. Es llamativo que en la causa penal se dejó asentado que no se obtuvieron testigos (vid. fs. 1 vta.) y que, pese a que el deponente López declaró haber dejado su número al actor, únicamente se lo citó en sede civil. En este orden de ideas, cabe recordar que cuando se está ante un testigo que no ha prestado declaración en sede penal y que recién lo hizo en el proceso civil se debe analizar cuidadosamente su versión de los hechos, pues lo que acontece en la generalidad de los casos es que quien ha presenciado un accidente con repercusión en lo penal preste su colaboración no solo en la investigación que se realiza en ese fuero, sino también en las actuaciones que se originan en el ámbito civil. Y obviamente, cuando el testimonio aparece con posterioridad y después de agotada la instrucción sumarial, ello impone una gran circunspección en su evaluación, en miras de verificar si realmente el declarante presenció el hecho sobre el cual depone (art. 384 del CPCCN; esta sala, 1/12/2011, "Aquilano, Luis Fabián y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", L. n° 580.325). Asimismo, es sabido que si bien los dichos de un testigo único no pueden descalificarse por ese solo motivo, sí deben ser apreciados con estrictez y en función de las demás constancias del expediente (esta sala, 17/12/2012, "Straface, Benedicta c/ Peña, Marcelo Gabriel y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 601.965; esta cámara, Sala G, 11/7/2011, "Gómez, Nora Mariela c/ Ferrovías S.A. Concesionaria s/daños y perjuicios?; ídem, Sala H, 16/2/2011, "Benítez, Blanca Inés c/ Lee Ju Won y otros?"). Además, como se sostuvo en un reciente antecedente de esta sala, nuestro sistema procesal excluye la aplicación de la máxima testis unus, testis nullus (art. 456 del CPCCN), de modo que el testimonio no debe ser descalificado por el hecho de ser solitario, aunque dicha circunstancia impone que sea apreciado con mayor severidad, y para erigirse como prueba debe ser categórico y convincente, a tal punto que no deje duda alguna en el ánimo del juzgador (25/4/2013, "Alvez, Juan José Ramón c/ Samaniego, José Luis y otros s/ Daños y perjuicios", L. n° 611.503, con voto del Dr. Li Rosi). El testigo manifestó que el actor, al momento de ser atropellado, estaba casi llegando a la vereda. Sin embargo, esa circunstancia no se condice con lo expresado por el propio demandante, quien su declaración penal manifestó que el impacto tuvo lugar en mitad de la avenida. En efecto, el actor señaló: "el declarante cruza, al llegar a la doble línea amarilla el declarante se detiene con el fin de observar el tránsito que posiblemente transitara del lado de Rivadavia hacia Avellaneda, al no ver ningún vehículo el mismo reanuda su marcha y de inmediato (...) es embestido por una moto de color rojo, la cual se dirigía en contra mano por la mencionada Av. Nazca" (sic, fs. 37 vta. de la causa penal; la negrita me pertenece). Por esos motivos, considero que el solo testimonio del Sr. López no es merecedor de fuerza probatoria en los términos de los artículos 386 y 456 del Código Procesal, y en consecuencia, no logra rebatir las conclusiones que surgen del croquis confeccionado en la causa penal. Sentado lo que antecede, estimo que, en puridad, ha mediado un hecho de la víctima al que cabría adjudicar la totalidad de la eficacia causal en la producción del accidente, en tanto cruzó por un lugar prohibido, pues lo hizo a mitad de la avenida Nazca entre los autos que estaban detenidos (vid. art. 38, inciso 2° de la ley 24.449). Sin embargo, la deserción del recurso de los emplazados impide modificar este aspecto de la decisión en perjuicio del demandante (reformatio in pejus), por lo que corresponde mantener la proporción de incidencia causal de la víctima establecida en la sentencia en crisis (50%). Todo lo cual me lleva a propiciar que se confirme la sentencia en este medular punto de debate. V.- Sentado lo que antecede, trataré las quejas sobre las

partidas indemnizatorias reconocidas en la sentencia en crisis. a) Incapacidad sobreviniente El magistrado de grado justipreció este rubro en la suma de \$ ..., que representa el 50% por el cual prospera la demanda. El actor entiende que el importe es insuficiente, pues el anterior sentenciante no tuvo debidamente en cuenta las secuelas descriptas en el informe pericial ni su proyección en la personalidad integral de la víctima. Por otro lado, los emplazados cuestionan el monto, pues entienden que es desproporcionado al grado de incapacidad del demandante. Asimismo, el demandado y la citada en garantía consideran que el actor no demostró que las supuestas lesiones influyeron en una merma en sus ingresos, y se agravan porque el colega de grado no consideró las impugnaciones de la pericia médica. El correcto tratamiento de la cuestión requiere, como primera medida, definir adecuadamente a qué tipo de perjuicios se refiere este rubro, para explicar, en segundo término, cuál debe ser el método a seguirse para su valuación. Desde un punto de vista genérico, la incapacidad puede definirse como ¿la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales? (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista ¿naturalístico? (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura importa, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral. De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa -sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 4, p. 305). Lo hasta aquí dicho en modo alguno se contrapone con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor ¿cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (CSJN, 27/11/2012, ¿Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?; ídem, Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) ello importa que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que cabe interpretar la referencia de la corte a que la integridad física ¿tiene en sí misma valor indemnizable?, pues la alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona. Por otra parte, el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. Respecto del primer punto, y como se verá enseguida, no tomaré en cuenta exclusivamente el monto del salario que el damnificado eventualmente percibiera, sino que evaluaré también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo. Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación. Al respecto me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Como dicen Pizarro y Vallespinos: ¿No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que

se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar? (op. cit., t. 4, p. 317). Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral -que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (arg. art. 1083, Código Civil). Así las cosas, y teniendo en cuenta que el resarcimiento se fijará en dinero -que, huelga decirlo, se cifra numéricamente-, nada resulta más adecuado que el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado. Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas ?Vuoto?, ?Marshall?, ?Las Heras-Requena?, etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Testa, Matías I., ?La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes?, LL, 9/2/2011, p. 2). Siguiendo la formulación propuesta por los autores citados en último término, emplearé la siguiente expresión de la fórmula: Donde ?C? es el capital a determinar, ?A? la ganancia afectada, para cada período, ?i? la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 4%), y ?a? el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima. Sin embargo, también cabe subrayar que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador, sino que conducen, simplemente, a una primera aproximación, a un umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504). En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa. Sentado ello, corresponde aplicar estas pautas al caso de autos. En la faz física, el perito médico, Dr. R H T, en su dictamen de fs. 410/417, refirió: ?A nivel de su antebrazo Izquierdo (Lado No Dominante), sufrió una Fractura Expuesta de los huesos Cubito y Radio (antebrazo), la cual fue tratada primariamente con Tutor Externo y posteriormente, se realizó nueva cirugía de Reducción y osteosíntesis con placa y tornillos, padeciendo a posteriori Infección Ósea, denominada: Osteomielitis, por lo que debió ser reinternado y reoperado en diversas oportunidades, presentando inclusive al día del examen pericial, Supuración Purulenta, producto de la Osteomielitis? (sic fs. 415). Determinó una incapacidad del 5 % por la mencionada fractura. El perito refirió que desde el punto de vista funcional el actor presenta una limitación a la prono-supinación, y determinó una incapacidad del 7%. Asimismo, otorgó una incapacidad del 5% por una cervicalgia con limitación de la movilidad del cuello. En este sentido, el experto encontró las siguientes limitaciones: A la flexión: en 5° (grados); A la extensión: en 5° (grados); (...) A la rotación derecha se halla limitación en 5° (grados) y la rotación izquierda en 5° (grados) en sus barridos angulares? (sic fs. 412). Por último, el perito indicó: ?A nivel del antebrazo izquierdo se observan dos cicatrices quirúrgicas, una en cara posterior de 11 cm. de longitud, hipocromica, poco elástica, no adherida a planos profundos. La otra cicatriz, en cara anterior de características de cierre por segunda intención, queloidea de 12 cm de longitud, que presenta fístula supurante a nivel del tercio medio de la región? (sic fs. 412). Por dichas cicatrices otorgó una incapacidad del 7%. Ahora bien, no habré de tener en cuenta las referidas cicatrices para ponderar el presente rubro, pues de acuerdo a la actividad laboral que realizaba la víctima (vendedor de sillas) no encuentro que ellas puedan tener una incidencia en su esfera patrimonial, sin perjuicio de que sus repercusiones espirituales serán valoradas al momento de fijar el monto del daño moral. En consecuencia, partiré de una incapacidad parcial permanente, en el aspecto físico, del 16,06 %. En la faz psicológica, el perito médico tuvo en cuenta el informe psico-diagnóstico de fs. 289/299 -confeccionado por la Lic. Martha C. Trica- y refirió que el actor padece un trastorno de ansiedad por estrés post traumático con una incapacidad del 10% (vid. fs. 415). No se me escapa que la citada en garantía impugnó la pericia de fs. 410/417. Puntualmente, solicitó que se excluya el grado de incapacidad por las lesiones estéticas provenientes de las cicatrices. En virtud de lo señalado al tratar las cicatrices, habré de admitir la referida impugnación. Así las

cosas, la contundencia y la razonabilidad del dictamen médico me llevan a la convicción de que debe otorgársele la fuerza probatoria estatuida por el artículo 477 del Código Procesal, con la salvedad de lo atinente a la incapacidad derivada de las cicatrices. El actor denunció que trabajaba en relación de dependencia como vendedor de sillas y que percibía por su trabajo un salario mensual de \$ ...(vid. fs. 22 del beneficio de litigar sin gastos, expte. n° 23.312/2007). Sin embargo, no se me escapa que dicha remuneración no se encuentra acreditada, y que el demandante denunció que su trabajo era informal. En consecuencia, se justifica estimar sus ingresos acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Código Procesal. De todos modos, cabe recordar que la prueba del daño -y de su monto- pesa sobre el actor (art. 377, Código Procesal), que es quien debe cargar con las consecuencias del incumplimiento de ese onus. En ausencia de prueba concreta del monto del perjuicio, y si bien puede acudir a la precitada facultad judicial, debe evitarse que la suma a concederse pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta sala, 25/11/2011, ?E., G. O. c. Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/daños y Perjuicios?, LL 2012-A , 80, RCyS 2012-II , 156; ídem, 8/3/2012, ?E., N. E. c. B., C. A. y otros?, RCyS 2012-VII , 143; ídem, 22/8/2012, ?R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios?, RCyS 2012-XII , 148). Por consiguiente, partiré para efectuar el cálculo de un ingreso mensual de \$ ... a la fecha del accidente. En función de lo expuesto, partiendo de la suma antes aludida en base a las pautas que resultan de la fórmula mencionada precedentemente, adaptadas a las particularidades del caso, valorando también prudencialmente las posibilidades de progreso económico del actor, así como el hecho de que la indemnización debe computar asimismo la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, estimo que la suma asignada en la instancia de grado es equitativa, por lo que propongo a mis colegas que sea confirmada (art. 165, Código Procesal).

b) Daño moral El colega de grado otorgó por este concepto la suma de \$ ... Mientras el actor se queja porque considera que el monto es reducido para compensar los padecimientos por él sufridos, el demandado y la citada en garantía entienden que es elevada, y solicitan su reducción. Puede definirse al daño moral como: ?una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial? (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del CPCCN, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, LL, 1990-A-655). En el caso, al haber existido lesiones físicas de importancia, que dejaron secuelas permanentes, la existencia de un daño moral es fácilmente presumible (art. 163 inc. 5, Código Procesal). En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: ?Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (CSJN, 12/4/2011, ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros?, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras, el daño moral puede ?medirse? en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., ?Breve apostilla sobre el daño moral (como ?precio del consuelo?) y la Corte Nacional?, RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente promulgado, a cuyo tenor: ?El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. Si bien ese cuerpo normativo recién entrará en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (art. 7, ley 26.994, según la ley 27.077) es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, en la medida en que recogen -por lo general- la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos puntos del derecho civil (vid. el punto II.I.1.2. de los fundamentos del anteproyecto presentado por la Comisión Redactora) y que, sobre todo, reflejan la decisión del legislador actual acerca de cómo deben regularse los distintos aspectos de la vida civil de nuestro país. Precisamente por eso, sus normas, incluso antes de su entrada en vigencia, deben ser tenidas en cuenta por los jueces en tanto

manifestación de la intención del legislador, que como es sabido es uno de los criterios rectores en materia de interpretación normativa. Por consiguiente, tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. Teniendo en cuenta las pautas esbozadas en la líneas precedentes, y ponderando la atención recibida por el Sr. Piedrabuena en el Hospital General de Agudos Dr. Teodoro Álvarez (fs. 153/184), las diversas intervenciones a la que fue sometido, así como los demás malestares y las angustias que un evento como el de autos pudo haber generado en una persona con las condiciones del actor (27 años al momento del accidente, vive con su padre), y las referidas cicatrices -que si bien no fueron tenidas en cuenta a la hora de analizar la incapacidad sobreviniente deben ser valoradas aquí-, entiendo que el importe de la partida reconocida en la sentencia en crisis es reducido, por lo que propongo a mis colegas que se lo eleve a \$ ..., suma que representa el 50% del total de condena por este rubro. VI.- El magistrado de la anterior instancia decidió que debía aplicarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta día del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago de la indemnización, salvo para el rubro ?tratamiento psicológico? cuya tasa de interés corre a partir de la sentencia apelada. Los emplazados se quejan por la manera en que fueron fijados los intereses en primera instancia, y solicitan que se aplique la tasa pasiva del BCRA desde el hecho y hasta el dictado de la sentencia de segunda instancia, y desde entonces a la tasa activa. Teniendo especialmente en cuenta la fecha de la mora, la entidad y la oportunidad en que se formuló el reclamo, la data en que se produjo la prueba pericial, y la cuantía de los resarcimientos fijados en autos, juzgo razonable aplicar en el presente caso la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 20/04/09. No desconozco que el art. 303 del Código Procesal, recientemente sancionada. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria. Ello, a su vez, es coherente con lo decidido por el máximo tribunal nacional en la acordada n° 23/2013. Propicio entonces confirmar la sentencia en este aspecto. VII.- Finalmente, en atención al éxito obtenido en esta instancia por los recurrentes, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a los emplazados (art. 68 del Código Procesal). VIII.- Por las razones expuestas, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso del actor, decretar la deserción del de los emplazados en cuanto a las quejas atinentes a la responsabilidad y los rubros ?tratamiento psicológico?, ?tratamiento kinésico? y ?gastos de farmacia y gastos de traslado y movilidad?, y rechazar el resto de sus agravios, y en consecuencia: 1) Elevar el importe de la partida ?daño moral? a la suma de \$ ...; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, y 3) Imponer las costas de alzada a los emplazados. A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo: Adhiero al muy fundado voto del Sr. Sebastián Picasso con una aclaración referida al mecanismo de cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente pues, en tanto el voto que antecede propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos, el suscripto ha reiteradamente sostenido que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñir- se a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libes n° 509.931 del 7/10/08, n° 502.041 y 502.043 del 25/11/03, 514.530 del 9/12/09, 585.830 del 30/03/12, Expte. n° 90.282/2008 del 20/03/14, entre muchos otros). Sin embargo, dado que finalmente la suma que propone resulta a mi juicio ajustada a las particularidades del caso, es que, más allá del criterio a través del cual se haya arribado a tal monto, adhiero al resultado finalmente obtenido. Con esta aclaración, repito, adhiero al voto del Dr. Sebastián Picasso. El Dr. Hugo Molteni no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Con lo que terminó el acto. SEBASTIÁN PICASSO RICARDO LI ROSI Buenos Aires, junio ... de 2015. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, Se Resuelve: 1) Elevar el importe de la partida ?daño moral? a la suma de Pesos ... (\$ ....-); 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, y 3) Imponer las costas de alzada a los emplazados. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase. SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI 002970E