

Responsabilidad Del Chofer De Colectivo Lesiones Causadas Al Conductor De Una Bicicleta

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del chofer de colectivo. Lesiones causadas al

conductor de una bicicleta Se resuelve que es responsable el chofer de colectivo quien antes de llegar a la encrucijada para efectuar un giro de 180 grados debió advertir la presencia de la bicicleta del actor cerca del cordón porque ya se encontraba allí, lo que no hizo, por lo que acabó por embestirlo y lesionarlo.

En la ciudad de Mar del Plata a los 7 días del mes de Julio de 2015, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?SALAS Rubén c. AGÜERO Angel y ot. s. Daños y perjuicios?. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia dictada a fs. 469-482 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por S. L. S. contra Angel Ernesto Agüero y la empresa ?El Libertador S.R.L.?, condenándolos en forma concurrente con la citada en garantía ?Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros? (a ésta en la medida del art. 118 de la LS), a abonarle la suma de \$... con más intereses a liquidar a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días, e imponiéndoles las costas del proceso.

Para así decidir, comenzó por establecer que las partes estaban contestes en que ?el 10 de septiembre de 2001 -aunque al decir de la demandada fue el 10 de noviembre de 2001-?, entre las 12.00 y las 14.00 horas se produjo un accidente cuando Agüero -chofer del colectivo perteneciente a la empresa El Libertador SRL- circulaba por la avenida 180 e hizo un giro a la derecha para ingresar en la calle Falucho. Indicó que sus diferencias residían sobre la mecánica del hecho y sobre la procedencia de las indemnizaciones reclamadas por el actor. a) A partir de esa premisa entendió que la responsabilidad de la empresa demandada estaba encuadrada en el art. 1113 segunda parte segundo párrafo del C.C., y que no había logrado acreditar la eximente invocada -culpa de la víctima- para demostrar la ruptura del nexo causal. Para arribar a tal conclusión se basó en las constancias de la I.P.P. N°94910 y la descripción del hecho efectuada por el oficial interviniente; las determinaciones del perito accidentológico, y el relato del único testigo de autos, el Sr. Jorge Javier Pereyra, en razón de ?su alto valor convictivo? (fs. 472 vta. y 473). Frente a estos elementos valoró como insuficiente la prueba de la hipótesis fáctica sostenida por todos los demandados, ya que las testimoniales por ellos ofrecidas fueron desistidas (fs. 474; en realidad fueron declarados negligentes en la producción de esa prueba a fs. 427 aunque en el certificado de vencimiento del término probatorio figuran como desistidas). Descartó también al hecho de que el actor llevara a su hermano en la bicicleta por no atribuirle relevancia causal y porque como defensa había sido planteada en términos hipotéticos.

b) Sobre la responsabilidad del chofer del colectivo, estimó, con cita de pronunciamientos anteriores, que el dependiente del dueño no debe ser considerado guardián en los términos del art. 1113 del C.C., por lo que la analizó en base a los arts. 1109 y 512 del C.C., concluyendo que su obrar fue negligente. Valoró que el conductor de un vehículo -máxime si era de transporte público de personas (con cita del art. 902 del C.C.)- debía actuar con el mayor cuidado y previsión, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación (con cita del art. 51 inc. 3 de la ley 11.430 vigente al momento del hecho), advirtiendo previamente cualquier maniobra, y efectuarla sin crear riesgos para el tránsito ni afectar su fluidez. Al considerar acreditado en autos que Agüero y su hermano ya estaban sobre la esquina de la avenida 180 y Falucho -pegados al cordón- antes de que el colectivo arribara a la bocacalle para efectuar el giro, concluyó que la conducta esperable del chofer de acuerdo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar era advertir la presencia de dos personas en bicicleta y efectuar el giro respetando una distancia prudencial con el cordón y con la persona del actor. c) Analizó luego el carácter de las lesiones sufridas por S., que la pericia médica determinó como óseas y de partes blandas, ?graves, con afectación completa de la movilidad y funcionalidad del pie y tobillo izquierdo?, compatibles con traumatismo por aplastamiento o contusión severa, que le ocasionaron secuelas funcionales y estéticas, y una ?verdadera mutilación de su tobillo y pie izquierdo?, con deformidad en la arquitectura ósea que limita la funcionalidad del pie y dificulta la posibilidad de calzarse adecuadamente. Tuvo en cuenta la pérdida de capacidad de un 68 % total y permanente, y la probable alteración de otras partes del cuerpo, por las posiciones obligadas analgésicas que lo llevan a tomar ?una posición postural distinta de la fisiológica?, sobrecargando articulaciones distintas al tobillo y el pie, por ejemplo, la rodilla y la cadera, que muestra signos de artrosis incipiente probablemente por sobrecarga (fs. 476). Partiendo de esas premisas hizo lugar a los rubros incapacidad sobreviniente por la suma reclamada de \$..., gastos de asistencia médica, farmacia y traslados por la suma de \$... (había reclamado \$...), y por daño moral en

la suma de \$... en atención a que el monto reclamado en la demanda había quedado supeditado a lo que en más o en menos el sentenciante estimara que corresponde. Rechazó los reclamos autónomos por daño físico, estético y psicológico. El primero, por entender que las lesiones físicas invocadas han configurado un daño emergente por incapacidad sobreviniente, analizado bajo otro rubro. El daño estético y psicológico, por no haber invocado ni acreditado una consecuencia patrimonial concreta y resarcible derivada de esas lesiones alegadas, sin perjuicio de su valoración a la hora de estimar el daño moral. En relación al psicológico, destacó que tampoco se acreditó la necesidad del actor de realizar un tratamiento. No hizo lugar tampoco a la pérdida de chance reclamada, por entender que no había acreditado las circunstancias configurativas de la chance supuestamente perdida. II: Apelaron el actor y su padre a fs. 485, los apoderados de la citada en garantía y de la empresa de transportes a fs. 489 y 493 respectivamente, y el chofer del colectivo a fs. 495. Los recursos fueron concedidos libremente a fs. 486, 490, 494 y 496; las respectivas expresiones de agravios se encuentran agregadas a fs. 501-536, 538-542, 518-522 y 512-515. Las respuestas a los formulados por el actor, obran a fs. 546-555 y 557-566, sin que el codemandado Agüero se haya presentado a contestarlos (fs. 573), y el responde del actor a fs. 568-570. II.1: El único agravio formulado por los tres codemandados es de idéntico tenor -al igual que las respectivas contestaciones de demanda-, y está dirigido a cuestionar la atribución de responsabilidades que en el fallo se efectuó. Entienden que el primer juzgador no analizó la conducta del actor, menor de edad al momento del hecho, en función de la norma aplicable al caso, el art. 1113 del C.C. ni su incidencia sobre el resultado producido, en mérito a las pruebas ?aportadas a la causa? (fs. 512, 518 y 538). Reiteraron que el siniestro se produjo por la imprudente conducta del ciclista, que al intentar sobrepasar al colectivo perdió estabilidad, impactando contra el lateral de la unidad, lo que ocasionó su caída. Sostuvieron que la descripción del accidente obrante a fs. 1 de la IPP N°94.910, que el sentenciante citó casi textualmente, es una ?supuesta mecánica del suceso, unilateral, parcial e infundada? y que ?no encuentra sustento en ningún medio probatorio? (fs. 512 vta., 518 vta., y 538 vta.). Se apoyaron para tal crítica en la declaración de la testigo Stella Maris Surita, obrante a fs. 73 de la I.P.P., pasajera el día del hecho, que corrobora, afirmaron, la versión de que los jóvenes en bicicleta intentaron adelantarse al colectivo, y en las conclusiones del perito accidentológico a fs. 87 vta., cuando dice que la explicación del hecho encuentra coincidencia con la declaración de fs. 73 y describe a continuación el campo visual del conductor a través del espejo retrovisor. Insistieron en que los hermanos circulaban de forma no permitida por la ley, que el actor intentó sobrepasar al colectivo, que el conductor no pudo percatarse de esa maniobra y que el contacto fue entre laterales, no de frente. Frente a estas constancias, el sentenciante valoró el testimonio de Pereyra, prestado trece años después del accidente, en abierta contraposición con el de Surita (fs. 514 vta., 520 vta. y 540 vta.) y con la real mecánica del siniestro establecida, según su criterio, por el perito accidentológico. A su entender se ha configurado en autos el ?hecho ajeno eximente?, por lo que solicitaron la revocación de la sentencia, y en subsidio, que se valore la conducta del actor como interruptiva en forma parcial del nexo de causalidad (fs. 515 vta., 521 vta. y 541 vta.). II.2: Los agravios de S. L. S. pueden estructurarse de la siguiente manera: i: Solicitó una ?adecuación? de los montos indemnizatorios otorgados en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de \$..., gastos por asistencia médica, farmacia y traslados a la de \$..., y daño moral a la suma de \$..., basado fundamentalmente en que han transcurrido 14 años desde que se produjo el accidente, y que el monto reclamado en la ampliación de demanda efectuada por el Dr. Ferrá en 2008, ?lo fue sujeto a las probanzas de autos? (fs. 525 vta., punto 4, apartado 4.1, parágrafo A, cuarto párrafo, el subrayado es original), afirmando que en esa ampliación, a fs. 3 y ss. se estimó un monto, ?sujeto a la prueba a rendirse en autos, todo ello con más su actualización -depreciación monetaria-, intereses y costas (fs. 3 vta.)? (fs. 526 vta. primer párrafo, subrayado en el original). ii: Calificó como arbitrario el rechazo de los rubros daño físico, estético, psicológico y pérdida de chance. ii.1: Respecto al daño físico argumentó que constituye una ?total arbitrariedad? la premisa del juzgador de que no guarda autonomía fáctica o conceptual con otros rubros reclamados, en especial la incapacidad sobreviniente. Sostuvo que esa independencia existe, y luego de describir a la incapacidad sobreviniente, procedió a hacerlo con el daño físico, distinguiéndolo como ?toda alteración de la contextura física o corporal?, tendiente a tutelar como bien jurídico ?la integridad física en el más amplio sentido, como fundamental derecho de la personalidad? (fs. 529 vta. último párrafo). Indicó como elemento probatorio fundamental de su existencia a la pericia médica efectuada por el Dr. Racca -cuyas conclusiones transcribió a fs. 530-, demostrativa de que el daño tiene la entidad suficiente como par ser considerado en forma independiente de la incapacidad sobreviniente. Solicitó la admisión del rubro por la suma de \$ ii.2: Calificó nuevamente de arbitrario y ?absurdamente erróneo? el razonar judicial, por rechazar el daño estético fundado en la falta de autonomía del rubro, ?(según su entender ???), ya que no se pretende la indemnización de un perjuicio patrimonial derivado de una lesión estética (sic)? (fs. 531). Para fundar este encendida crítica recurrió nuevamente a la pericia médica de la que surge indubitable la lesión estética determinada por la mutilación del pie y el tobillo, y en base a ella solicitó la admisión del rubro en la suma de \$ ii.3: A una ?interpretación/valoración parcializada? que no comparte en ?este caso específico? atribuyó el rechazo del daño psicológico reclamado, porque entendió que de la pericia psicológica practicada a 10 años del accidente -cuyas conclusiones transcribe- surge

claramente que el actor presenta síntomas reactivos a la situación vivida; y en cuanto a la necesidad de tratamiento, entiende que del mismo informe, a fs. 364 y 364 vta., en respuesta al pedido de explicaciones de la citada en garantía, surge tal necesidad y los beneficios que traería aparejados, por cuanto considera que ¿la conflictiva que padece tiene posibilidad de remisión?. Solicitó la admisión por la suma de \$ ii.4: Finalmente, en cuanto a la pérdida de chance oportunamente estimada en la suma de \$... y rechazada por falta de prueba, sostuvo que se trataba de un daño cierto, evidenciado por la gravedad de la lesión, su perdurabilidad en el tiempo y sus consecuencias incapacitantes, de conformidad a la pericia médica. Se preguntó ¿que posibilidad tiene un joven que a los 14/15 años sufre un accidente que mutiló su tobillo y pie izquierdo, que tuvo que estar internado un año para curarse, de continuar sus estudios normalmente, de practicar algún deporte, de ser profesor de educación física, de conseguir un trabajo, de autoabastecerse por el resto de su vida, ¿en definitiva de vivir una vida normal con esperanzas de un futuro mejor? Ninguna? (fs. 533 vta. tercer párrafo). Estimó arbitrario y no ajustado a derecho exigirle mayores medidas probatorias ante hechos que calificó como evidentes y de público y notorio, por lo que solicitó la admisión del rubro en la suma de \$ iii: El último agravio estuvo referido a la tasa de interés pasiva que se ordena aplicar, reclamando que se aplique la tasa pasiva BIP de acuerdo a la jurisprudencia actual de esta Cámara. Solicitó la modificación de la sentencia, con costas. III: En tanto importa una crítica a la asignación de la autoría del hecho dañoso, entiendo que debe tratarse liminarmente el agravio de los demandados. Considero que sus observaciones sobre la declaración de la testigo Surita en la I.P.P. N°94.910, que tengo a la vista, y su interpretación de las conclusiones del experto accidentológico, no son suficientes para refutar los fundamentos que ha expuesto el Sr. Juez en la sentencia recurrida, pues atienden a que el hecho dañoso se debió a la culpa de la víctima. Esa eximente no fue probada, y así lo entendió el sentenciante cuando se refirió a que la ¿hipótesis fáctica esbozada por los demandados no ha tenido ningún soporte probatorio? (fs. 474), máxime cuando los tres codemandados han sido declarados negligentes en la producción de la prueba testimonial a fs. 428. En la demanda se sindicó como responsable al dueño o guardián de la cosa riesgosa, con fundamento en la presunción de causalidad a nivel de autoría contenida en el art. 1113 segundo párrafo segunda parte del Código Civil, y son éstos quienes deben probar la ruptura del nexo causal para eximirse de responsabilidad, conforme la norma en que el Sr. Juez encuadró el hecho, que no ha sido objeto de ataque alguno por parte de los demandados apelantes. Adviértase que Agüero, a quien en su carácter de chofer del colectivo y dependiente de la empresa de transportes, se le atribuyó responsabilidad -en la sentencia- en base a un factor subjetivo (fs. 474 vta. y siguientes, considerando III), no cuestionó el encuadre legal ni la calificación de su conducta como negligente (fs. 475 cuarto párrafo), limitándose a reproducir idénticos argumentos que los otros codemandados, sobre una hipotética culpa de la víctima que no fue probada. Cuando la ley presume la relación causal, explica Zavala de González, ¿la prueba de las eximentes debe ser inequívoca?, porque ¿...cuando la ley invierte el onus probandi de la relación causal y el demandado debe acreditar la intervención de una causa ajena, la apreciación de la prueba sobre esta eximente debe ser severa: se requiere certeza de que el daño no obedece a la causa aparente que se imputa a dicho sujeto?(Zavala de González Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, Tomo 3, ¿El proceso de daños?, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1993, págs. 213-214; esta Sala II, expediente n°138.041, ¿Cerimelli Néstor c. Casquero Oscar s. Daños y perjuicios?, sent. del 9-8-2007, R214 (S) F°1399; CSJN, causa R.134.XLIII, ¿Rodríguez Ramón c. Electricidad de Misiones SA?, sent. del 21-4-2009, con cita en considerando 3° de causa R.1738.XXXVIII, ¿Rivarola Mabel Angélica c. Neumáticos Goodyear SA?, sent. del 11-7-2006 y sus citas, Fallos:329:2667). Frente a la insuficiencia de la prueba acabada de una ruptura causal que opere como eximente, la concepción objetiva muestra su verdadera trascendencia jurídica, ya que la carga de la prueba de la culpa de la víctima pesa sobre quien la invoca, y ante su ausencia, la regla de derecho indica cómo debe fallar el Juez (esta Sala II causas n° 138.041, 152.339; CNCiv., Sala E, sent. del 5-7-2012, en JA-n°12 del 19-12-2012, pág. 88). III.1: El sustento principal de la atribución de responsabilidad que vienen criticando, fue esa falta de prueba, la que entiendo, no ha sido debidamente refutada con la referencia a la declaración de la Sra. Surita a fs. 73 de la causa penal, producida casi tres años después del accidente. Pretender ampararse en esta única declaración, cuando en las respectivas contestaciones de demanda, argumentaron que las constancias de las I.P.P. N°94.910 les eran ¿inoponibles e ineficaces en su valor probatorio? en tanto no fuesen objeto de expresa ratificación en el juicio civil, con el debido control y fiscalizaron de la parte (fs. 104 vta. y 105 contestación del apoderado de la empresa de transportes; fs. 136 contestación de demanda de la citada en garantía), implica ir contra sus propios actos al negarle eficacia a las copias simples de la causa penal agregadas con la demanda, bajo el amparo del art. 354 del CPCC. Los términos en que lo hicieron, ¿por el principio de formalidad y legitimidad de la prueba, para el supuesto de sustentarse cualquier resolución en dichas tramitaciones, bien fuese de modo total, o bien parcial o indirectamente, manifiesto que se conculcaría, de manera directa e inmediata, las reglas del debido proceso, en desmedro de los derechos de defensa en juicio y propiedad...? (fs. 105 y 136 respectivamente), fueron lo suficientemente categóricos como para revelar que ahora, al apelar y fundar su recurso exclusivamente en constancias de aquella I.P.P., incurren en contradicción con su planteo anterior. Esas encendidas oposiciones a que se le adjudicara valor probatorio a la causa penal fueron formuladas en el año 2009 (ver cargos de fs. 110 y 143), siendo que el testimonio

y el informe del perito accidentalológico que ahora reivindican habían sido producidos en 2004 (fs. 73, 69 y 87 de la causa penal), y que la I.P.P. fue ofrecida como prueba por el demandado Agüero a fs. 158 vta., en el mismo año 2009, circunstancia que, al menos la empresa de transportes, no podía desconocer. Lo que expongo no se contradice con las consideraciones que el sentenciante formuló correctamente a fs. 472 vta., en el sentido de que el expediente judicial penal constituye una prueba "trasladada" en tanto fue admitida o producida en otro proceso. Pero precisamente por ello, aclaró que sus constancias no iban a tener el valor que le asigna el CPCC al medio de prueba equivalente (dio el ejemplo de que una pericia en sede penal no sería valorada de conformidad al art. 474 del CPCC), sino que iba a valorar las probanzas allí existentes en base a la naturaleza de los medios formativos de convicción que contuviera, atendiendo a su entidad y correlación con los demás elementos obrantes en la causa, apreciados según las reglas de la sana crítica. Admitir que quienes se opusieron al "traslado" de esa prueba, pretendan hacerla valer para tener por acreditada la eximente, no resulta, a mi criterio, procedente. A ello se agrega, como he señalado, que los demandados fueron declarados negligentes en la producción de la prueba de testigos que ofrecieron, entre los que se encontraba la Sra. Surita (fs. 428).

III.2: Sin perjuicio de lo anterior, no encuentro en la valoración que el sentenciante hizo de la declaración del testigo Carlos Javier Pereyra los errores u omisiones que los apelantes le atribuyen. La valoración de una prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados, y, "... cuando se trata de probar un hecho -en el caso, la mecánica del accidente-, sólo por prueba de testigos, la declaración - por lo demás única- tiene que ser categórica, amplia, sincera, con razón de sus dichos y convincente a tal punto que no deje duda alguna en el ánimo del juez? (Falcón Enrique M., "Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, arts. 1 a 498, pág. 745, citado en el voto del Dr. Monterisi en expediente n°142.187, "Anchoverri Julio c. Bozzolo Pedro José s. Daños y perjuicios", sent. del 29-9-2009, R847(S) F°4625/29). Considero innecesario reiterar la transcripción de sus dichos, ya efectuada por el a quo a fs. 473; simplemente señalo que su relato es ampliamente descriptivo y coincidente con la versión del actor: iba cruzando la avenida 180 "para el lado de Champagnat", su hermano le dice que el colectivo "iba a agarrar al chico", "estaba parado y me quedo parado mirando, lo cierra el colectivo al chico, uno cae contra la vereda y el otro sobre el cordón, el más chiquito sobre la vereda y la bicicleta estaba parada y como que la chupa?; preguntado por cuando vio la bicicleta por primera vez en la secuencia del accidente dijo "cuando estaba parada ahí la bicicleta con ellos montados arriba" (fs. 419-420, los resaltados me pertenecen). Destaco que Pereyra no fue citado en la causa penal, aunque sus datos habían sido obtenidos el día del hecho por el oficial interviniente, al igual que lo de Surita (fs. 1 vta. de la IPP 94.910). El croquis que efectuó a fs. 418 de este expediente, es coincidente con el del acta de prevención de fs. 1 de la IPP, con el efectuado por el actor a fs. 65, y por el perito accidentalológico a fs. 68, donde se ve la figura del colectivo rozando el cordón al girar. Del informe de fs. 69 surge que el colectivo presentaba un raspón en el lateral derecho a la altura de la rueda trasera de escasa longitud, "paralela a la línea del suelo y un sector más oscuro en la banda externa del conjunto dual de ruedas trasera derecha". La bicicleta tenía la rueda trasera descentrada. Sobre cómo ocurrió el hecho, informó que cuando llega a la calle Falucho el micro gira hacia la derecha "tomando contacto con un ciclista que circulaba a su derecha y al girar, estrecha el paso de ésta entre el colectivo y el cordón. Producto de esto la bicicleta raya el micro y luego con alguna parte inferior o del cuerpo o del mismo rodado del lateral izquierdo, limpia una porción de la banda externa del conjunto de ruedas traseras izquierda" (fs. 69 vta., el resaltado es propio). El sector de la calzada donde se produjo el hecho, "es en la avenida Alió en el sentido que conduce hacia Colón muy cercano al cordón delimitador de la calzada" (el resaltado no es original). Estas conclusiones no se ven a mi criterio desvirtuadas por las aclaraciones brindadas por el perito a pedido del Sr. Agente Fiscal a fs. 87, ante la contradicción entre los dichos de la testigo Surita y los del actor y su hermano -sobre si la bicicleta estaba detenida o en marcha-. Esas explicaciones no pueden leerse parcialmente, como hacen los demandados, omitiendo que el experto comienza por decir que "es mi opinión que cabe la posibilidad que la bicicleta se halle detenida como que estuviera marchando por el mismo lugar, pues de todos modos, el asunto es que el micro va estrechando el paso y hasta puede tomar contacto con sus ruedas duales derechas al cordón de la calle. No habiendo hallado indicios de raspaduras u otras evidencias que nos indiquen en qué lugar de la calzada ocurre exactamente -el hermano de la víctima había declarado a fs. 84 vta. que el cordón estaba mordido por la rueda de atrás del colectivo, porque estaba "como pintado por la rueda"-, el terreno de las posibilidades toma relevancia, y coinciden en este caso las dos posibilidades, de estar en reposo junto al cordón montado en la bicicleta como estar acercándose desde atrás intentando superar al micro por la derecha, o por último siendorebasado por éste en el momento en que debe doblar? (el resaltado no es original). "Esta visión parte de la óptica de ver solamente el comportamiento y la ubicación de los ciclistas, independiente de la óptica del chofer del micro, pero si en el análisis incorporásemos a este sujeto, encontraríamos que de haberse hallado los ciclistas detenidos junto al cordón de la esquina, el chofer debió prever un radio mayor en el giro asegurando mantenerse lejos del cordón, que en la práctica es posible, o bien, teniendo el terreno libre, poder girar arbitrariamente por la esquina y allí "colarse" por derecha un ciclista" (el resaltado me pertenece). A continuación, el experto, a mi entender, se contradice, porque al decir "viéndolo desde esta óptica" -se refiere a la del chofer-, encuentra coincidencia con la declaración de fs. 73, cuando la testigo

dice que los ciclistas intentaron superar al colectivo, ¿que es lo que en definitiva pienso que ha ocurrido porque es algo que el chofer no cuenta cuando observó que tenía libertad de maniobra, pero que al final el ciclista responsable de la conducción pretendió imponer su velocidad anticipando su marcha al giro del colectivo?. Encuentro inverosímil que el conductor del micro que circula por la avenida 180 no pueda advertir la presencia de una bicicleta parada o en marcha, cercana al cordón, como para no extremar en uno u otro caso los cuidados, describiendo un giro abierto y no cerrado como el que surge del croquis de fs. 68. En la referencia final al ángulo de mira por el espejo retrovisor, el experto hace una aseveración, en el sentido de que ¿ha abarcado la posición del ciclista pero éste estaría detrás del micro antes de empezar la maniobra? que no se condice ni siquiera con el relato de Surita, quien dijo que iba en el asiento de la ventanilla derecha, de la parte media atrás (fs. 73 vta.), y si desde ese lugar pudo ver a los dos sujetos que circulaban en bicicleta ¿en la misma dirección que el colectivo?, fácil es colegir que no podían estar ¿detrás? del micro al empezar la maniobra. Y si hubiera sido así, que estaban ¿detrás? del micro cuando comenzó el giro, no advierto cómo pudieron intentar ¿superarlo?, pues de ser así, lo hubieran embestido, y como el mismo experto señaló a fs. 69 vta. se trató de un contacto entre laterales, por lo que no pudo discriminar en aquel momento ¿el carácter participativo?. Comparto con el sentenciante la convicción que le produjo el testimonio de Pereyra, el que unido al croquis de fs. 68, el informe de fs. 69, la primera parte de las explicaciones de fs. 87, y la descripción de las huellas del accidente que presentaba el colectivo en su lateral trasero derecho, me llevan a confirmar la atribución de responsabilidad efectuada. III.3: Esta conclusión no se ve modificada por las alusiones a las supuestas infracciones de tránsito cometidas por la víctima (fs. 514, 520 y 540). El ¿adelantamiento? por la derecha ha sido descartado como hipótesis fáctica, por no encontrar respaldo probatorio en las constancias de autos (art. 375 del CPCC). La circulación de dos personas en una bicicleta no estaba prohibida por la ley 11.430, vigente al momento del hecho, cuyo art. 18 nada decía sobre el tema. La prohibición fue introducida por el art. 69 del decreto 40/2007, inaplicable al caso en virtud de lo normado por el art. 3 del C.C. Finalmente, y como acertadamente indica la abogada patrocinante del actor a fs. 569, la introducción en esta instancia de una eventual concurrencia de causas (así pueden interpretarse los pedidos subsidiarios de fs. 515 vta., 521 vta. y 541 vta.) que no fue propuesta en las contestaciones de demanda, es improcedente (art. 272 del CPCC). En virtud de los fundamentos expuestos, propondré que se rechacen los recursos de los demandados. IV: En el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, debo señalar que pese al ingente esfuerzo de la letrada que lo patrocina por hacer decir a la ampliación de demanda de fs. 3 a 10 lo que no dice, lo cierto es que allí se reclamó la suma de \$... sin otro aditamento que ¿actualización por depreciación monetaria, intereses, costos y costas? (fs. 3 vta. tercer párrafo). En cada uno de los rubros se reclamó un monto fijo, sin supeditarlos a lo que en más o en menos surgiera de la prueba a producirse (SCBA, Ac. 42.935 del 4-6-1991; 53.743 del 5-12-1995; 65.214 del 4-3-1997; 67.732 del 24-2-1998; 81.476 del 23-4-2003; 102.641 del 28-9-2011, entre otras), con la sola excepción, como bien lo advirtió el sentenciante, del reclamo por daño moral a fs. 6 vta. último párrafo. Las ¿adecuaciones? que en la expresión de agravios se solicitan, serían no sólo violatorias del principio de congruencia (arts. 163 inc. 6 y 266 del CPCC), sino que implicarían una nueva ampliación de demanda, como la intentada a fs. 448-450, rechazada por extemporánea a fs. 451, con el agravante de que el monto allí reclamado, \$... (fs. 449 vta.), en septiembre de 2014, aquí se amplió notablemente a la suma de \$... pese al poco tiempo transcurrido hasta febrero de 2015. La ampliación de demanda de fs. 3 y sgtes. fue presentada en el año 2008, cuando el carácter grave e irreversible de las lesiones del actor ya era conocido, así como las repercusiones de índole material o moral que había padecido, estaba padeciendo o iba en el futuro a padecer.. En virtud de ello, entiendo que no puede modificarse la sentencia apelada en cuanto al monto fijado para resarcir la incapacidad sobreviniente, en atención a los términos en que fue reclamada en la demanda (fs. 4 vta., apartado b), y pese a la evidencia de su exigüidad. Por las mismas razones, propondré que el rubro gastos médicos, de farmacia y traslados, se eleve hasta la suma reclamada de \$... (fs. 6 vta. primer párrafo), modificando en este aspecto la sentencia apelada. No se me escapa que el actor fue atendido en un hospital público, circunstancia que no obsta al resarcimiento, pues es sabido que la cobertura estatal se limita a los honorarios médicos y servicios de internación -que no han sido reclamados (ver fs. 5 vta., apartado f) - y los demás capítulos de este daño (gastos de farmacia, kinesiólogos, placas, vendas, plantillas ortopédicas, traslados, etc.) deben ser afrontados por el propio paciente (Zavala de González Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, Tomo 2-a, ¿Daños a las personas (Integridad psicofísica)?, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, pág. 99). Eso fue lo que señaló al demandar, todos estos gastos fueron afrontados por sus padres (fs. 5 vta., apartado f), pero lo cierto es que analizando el tiempo de curación que sus lesiones le insumieron, el tipo de cirugías a las que tuvo que someterse, las sesiones de fisioterapia para rehabilitación, y fundamentalmente las secuelas posturales y funcionales que le quedaron, que le producen dolor y le impiden caminar normalmente, estimo prudente fijar en \$... los gastos que por estos conceptos debe haber efectuado a lo largo de 14 años. IV.1: La sentencia debe confirmarse en cuanto al rechazo del daño físico. Esta Sala II ha reiterado en numerosos pronunciamientos que las lesiones a la integridad psicofísica no constituyen, por sí mismas y separadas de sus consecuencias, un daño autónomo. La afirmación se sustenta en la diferencia entre lesión y daño, pues este último es una consecuencia no necesaria de la primera (Zavala de González

Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, Tomo 2ª, ob. cit., págs. 30, 58 y sgtes.). Esas lesiones pueden ser el antecedente de daño moral o material, pero en sí mismas no constituyen daño en tanto el derecho a la integridad psicofísica (art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por ley 23.054) es un derecho personalísimo que no está en el comercio. En igual sentido han opinado los Ministros de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades (SCBA, Ac. 64.248 sent. del 8-9-1998; Ac. 77.461 sent. del 13-11-2002; Ac. 81.161 sent. del 23-6-2004; Ac. 78.851 sent. del 20-4-2005; Ac. 90.471 sent. del 24-5-2006; Ac. 58.505 sent. del 28-4-1998, entre otras; esta Sala II, expte. n°149.916, ¿González Eufemio c. Empresa de Transportes General Pueyrredón s. Daños y perjuicios?, sent. del 7-6-2012, R149(S) F°765/7; exped. 147.237, ¿Novoa Marcos Raúl y otra c. Da Silva Mario Néstor y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 22-2-2012, R28(S) F°130/3), afirmando que la lesión psicofísica no es indemnizable en sí misma. En cuanto al daño a la persona, reclamado como perjuicio autónomo, indemnizable por sí mismo y con independencia de la mengua productiva o la afectación moral que las lesiones produzcan, debe reconocerse que se trata de un tema intensamente debatido desde hace algunos años. Con fundamento filosófico en que la persona humana es el centro del derecho, y único destinatario de la norma, parte relevante de la doctrina nacional ha propuesto que los daños se clasifiquen en personales y patrimoniales, bregando así por la autonomía ontológica del daño a la persona (Jorge Mosset Iturraspe, ¿El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad?, en RDPyC, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo 1, ¿Daños a la persona?, Santa Fe 1994); Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, "Daños a la persona en la responsabilidad profesional", publicación individual en la obra colectiva "Responsabilidad profesional" en homenaje al Prof. Dr. Luis O. Andorno, ed. Platense, 1992; "La autonomía de los Daños a la Persona" en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, 26 al 29 de septiembre 2007 publicada en la Revista de la Facultad de Lomas de Zamora ISS N° 1850-1719 ano 3 N° 5 sep./07 Tomo I pág. 179 a 189.). La postura invocada por la parte actora para reclamar la reparación del daño injustamente sufrido en la indemnidad de su integridad psicofísica, reconoce sus antecedentes en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera (ver en materia de decisiones judiciales locales, los trabajos de Jorge Galdós en RCyS-2005, ¿Daños a las personas?, pág. 35, donde reseña una notable cantidad de fallos que participan de esa idea, ¿Diálogos de doctrina sobre daño extrapatrimonial? RCyS-2013-IV-5, con la participación de Galdós, Gil Domínguez, Grossman, Messina de Estrella Gutiérrez, Pizarro, Picasso, Trigo Represas y Saux), Años antes, Aída Kemelmajer de Carlucci hizo un repaso de la doctrina y jurisprudencia italiana desde 1840, en su trabajo ¿El daño a la persona, ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?? (RDPyC, Tomo 1, ob. cit., pág. 69), en el que explica que la justicia italiana, para evitar la estricta limitación que impone el art. 2059 del Código Civil (tributario del parágrafo 253 del BGB, ¿Por un daño que no sea patrimonial la indemnización sólo puede solicitarse tal y como lo establece la ley?, CC Alemán, comentado por Emilio Eiranova Encinas, Ed. Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 120)-, recurrió al primer párrafo del art. 32 de la Constitución Italiana que protege el derecho a la salud. Pizarro y Vallespinos (¿Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones?, Tomo 4, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2008, pág. 276), advierten que las ideas locales que consideran agotada la clasificación bipartita del daño en moral y patrimonial, la consideran inepta para alcanzar soluciones justas en numerosos supuestos de la vida real, y tienen por fin el reconocimiento del daño a la salud, del daño biológico, del perjuicio a la vida de relación - siguiendo antecedentes franceses -, del daño estético, sexual, psíquico y al proyecto de vida. La utilización de estas expresiones, dicen los autores que vengo citando, puede ser útil para la valoración cuantitativa y cualitativa de ciertos perjuicios, imponiendo al Juzgador el deber de considerar por separado, fundadamente, las diferentes facetas y repercusiones patrimoniales y morales de la acción lesiva, pero no sólo no tiene cabida en nuestro país en donde no existen las limitaciones del derecho alemán e italiano al daño moral, sino que también en aquellos países que dieron origen a las ideas que ha desarrollado parte relevante de la doctrina nacional, la situación ha cambiado (citan para demostrarlo el fallo del 12 de mayo de 2003 de la Corte Constitucional Italiana, que retornó a la clasificación bipartita del daño, conforme a la cual el daño es patrimonial o extramatrimonial, comprensiva del daño biológico y del daño existencial (con cita de Tucci, Giuseppe ¿Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente?). La sola lesión, en consecuencia no resulta indemnizable. IV.2: Idéntico obstáculo observo para el progreso del daño estético reclamado en forma autónoma, porque pese a la indudable lesión que ha padecido -la copia de la fotografía agregada a fs. 305 ha sido negada en su autenticidad, pero sin perjuicio de ello, las radiografías evidencian su entidad-, se trata de eso, lesiones, y no de daños, en tanto éstos constituyen las consecuencias de aquéllas (Zavala de González Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, ob. cit., págs. 30, 72, 158). No se ha reclamado daño material derivado de la lesión estética con miras a los eventuales tratamientos médicos futuros para la reparación, que hubieran respondido a la legítima expectativa de recomponer su presentación física manifiestamente menoscabada. No se le han pedido explicaciones al perito en relación al costo, duración o clase de los tratamientos a realizársele, pese a que en el dictamen, en respuesta al punto de pericia 6 que versaba sobre el diagnóstico actual, pronóstico y tratamiento adecuado, dijo que ¿deberá ser sometido a nuevas intervenciones quirúrgicas -llevaba cinco a la fecha de la pericia, en diciembre de 2013-, con la finalidad de mejorar y adaptarse a una funcionalidad con mejor calidad de vida? (fs. 408 vta.).

Las explicaciones fueron solicitadas por el apoderado de la citada en garantía (fs. 413) y no estuvieron referidas a este tema. Corresponde y así lo propongo el rechazo del rubro, sin perjuicio de que las consecuencias espirituales de la lesión estética serán evaluadas al tratar el daño moral. IV.3: En cuanto al llamado daño psicológico, el rubro fue reclamado en forma genérica, que parecía aludir al detrimento psicológico como tercer género, independiente de perjuicios patrimoniales o extramatrimoniales (fs. 5).

Sin embargo, la perito psicóloga a fs. 364 vta., al dar respuesta al pedido de explicaciones de la citada en garantía, afirmó que "podría decirse que únicamente durante el transcurso de un tratamiento psicológico, podrá irse estimando un pronóstico del mismo, de acuerdo a múltiples factores surgidos en el cotidiano devenir que entran en juego y deben también ser tenidos en cuenta. Lo único que puede afirmarse es que la conflictiva que padece el actor en la actualidad tiene posibilidades de remisión y, fundamentalmente de lograr un nuevo equilibrio que le posibilite el despliegue de una vida cotidiana sin las actuales limitaciones psicológicas y la recuperación de su capacidad de goce" (el resaltado es del original). Tampoco aquí se pidieron explicaciones sobre frecuencia, duración y costo del tratamiento aconsejado, aunque sí informó la perito sobre los centros de atención gratuita en psicología y psiquiatría dependientes de la Municipalidad de General Pueyrredón y del H.I.G.A., y en otras instituciones especializadas, en respuesta al pedido de explicaciones de la citada en garantía (fs. 363 y 363 vta.). Comprobado el daño, no cuento con elemento alguno que permita estimar cuál es su extensión (art. 375 del CPCC), para luego determinar el monto de reparación (art. 165 tercer párrafo del CPCC), por lo que el agravio no puede ser admitido. IV.4: El daño reclamado como pérdida de chance fue rechazado por no encontrar acreditadas las circunstancias configurativas, en especial, el deseo frustrado del actor de ser profesor de educación física (fs. 479), y en cuanto a la alegada dificultad para practicar deportes, el sentenciante entendió que ya había sido considerada al analizar la procedencia del rubro "incapacidad sobreviniente", que contempla no sólo aspectos laborales sino de otra índole, entre ellos, recreativos. Considero que el rechazo del rubro debe confirmarse, porque sin perjuicio de la entidad de las lesiones sufridas, y lo exigido del monto reclamado en concepto de incapacidad sobreviniente, no corresponde superponer indemnizaciones. La incapacidad es 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", ob. cit., pág. 282), y entraña la pérdida o aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado. La incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa de curación y convalecencia, cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Al respecto la jurisprudencia de este Tribunal tiene establecido que: "La incapacidad no sólo debe medirse en el aspecto del trabajo, sino también, en cuanto atañe a las actividades de la víctima y la proyección que tiene el accidente sobre la personalidad integral. Cabe valorar la forma en que la lesión gravita en otros aspectos de la personalidad de la víctima: domésticos, deportivos, culturales, estéticos, sociales, etc., que en la medida que afecten el desarrollo pleno de la vida de ésta, son susceptibles de ser tenidos en cuenta al margen de lo que se otorgue en concepto de daño moral" (CC0101 MP 86754 RSD-168-94 S 4-8-94; Molina, Oscar H. c/ Benitez, Carlos y otros s/ Indemnización daños y perjuicios;. CC0102 MP 95801 RSD-458-95 S 21-12-95; Restivo, José Alberto c/ Fernández, Ana María y D'Addato, Mauro Adalberto s/ Daños y perjuicios Beneficio de litigar; CC0102 MP 102478 RSD-480-97 S 16-12-97; Nazar Raúl Abel c/ Oberst Roberto Germán y otro s/ Daños y Perjuicios; CC0102 MP 105285 RSD-214-98 S 2-7-98; Suarez Teófilo de Jesús c/ Mancini Roberto Antonio s/ Daños y perjuicios?, exped. 157.040, "Sastre Matías c. Menna Roberto s. Daños y perjuicios", sent. del 16-9-2014, R 240 S F° 1089/92, entre muchos otros). Se habla de chance, señala la autora que vengo citando ("Resarcimiento de daños", pág. 359), cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro engendra un perjuicio resarcible. "Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. Así pues en la chance concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura". Lo resarcible es la eliminación de la chance y no del objeto al que tendía, por lo que supone un resarcimiento menor en comparación con el que cabe en el supuesto de daños ciertos. Por otra parte, la chance jurídicamente resarcible es la que se asienta sobre una situación fáctica o jurídica ya existente que creaba la razonable aspiración o expectativa (Zavala de González, ob. cit., pág. 360). Desde esta óptica el actor no ha traído a juicio elementos de prueba que acrediten que concurría asiduamente al CEEF (fs. 5) como podría ser un carnet o una constancia de inscripción, ni que intentó ingresar en el ejército o en el INTA (la mención de la perito psicóloga a fs. 350 sólo se basa en los dichos del actor), o testigos que pudieran dar cuenta de sus planes o aspiraciones (art. 375 del CPCC). En cuanto al retraso en terminar el colegio, no puede considerarse una chance frustrada como indica el a quo, y además del informe psicológico surge que a la fecha de su realización, tenía estudios secundarios completos, e informó haber obtenido el título de Técnico Agrónomo y haber cursado tres años de electrónica en audio amplificación y audio digital (fs. 347). IV.5: La indemnización otorgada en concepto de daño moral debe ser elevada. Me permito reseñar algunas de las conclusiones de la pericia médica, realizada diez (10) años después del accidente, para fundar las razones de tal conclusión: - En el examen de la columna

lumbosacra el perito detectó que las maniobras de movilización le despiertan dolor a la extensión y lateralización izquierda, con mayor relevancia del dolor a la palpación coxofemoral del mismo lado (cadera) (fs. 407); - En el examen del miembro inferior izquierdo, región plantar y tobillo observó severas secuelas cicatrizales que deforman y retraen las estructuras normales del miembro, presenta una región de gran escara plantar, con pérdida de sustancia (se ha perdido la estructura del miembro inferior, en la región del tarso y metatarso) acompañando una gran cicatriz en la cara interna del tobillo del mismo pie en forma de Y de 7 cm por 7 cm aproximadamente, que retrae y neutraliza la movilidad normal del miembro... El apoyo del pie deja observar la posición antalgica (apoya con la punta del metatarso), probable acortamiento cicatrizal de los tendones. La medición del músculo gemelo revela una disminución de 2 cm respecto del miembro no afectado por el accidente? (fs. 7 vta., la cursiva y resaltado no son originales). - Describió las lesiones como óseas, fractura de tobillo izquierdo, y de partes blandas, pérdida de sustancia, lesiones ligamentarias en talón y planta del pie, señalando que eran lesiones graves, con afectación completa de la movilidad y funcionalidad del pie y tobillo (fs. 408, puntos 1 y 4). - Determinó una pérdida de capacidad del 68 % de carácter total y permanente, que la severidad de sus lesiones obligaron al actor a estar en reposo por un tiempo aproximado de un año? (fs. 409, puntos 7 y 9), que el tipo de lesiones graves eran compatibles con dolor intenso, y que a la fecha del examen pericial -diciembre de 2013-, no sólo presenta secuelas funcionales, sino también de tipo estéticas, al examen se puede observar y comprobar una verdadera mutilación de su tobillo y pie izquierdo, las mismas corresponden a secuelas de origen traumático?, y que la deformidad en la arquitectura ósea limita la funcionalidad del pie y le dificulta la posibilidad de calzarse adecuadamente? (fs. 409 vta., puntos 12, 13 y 15). - Indicó también que la afectación severa de la zona puede alterar otras partes del cuerpo en forma indirecta, tal es el hecho de las posiciones obligadas antalgicas, éstas obligan al actor a adoptar una actitud postural distinta de la fisiológicas, modificando la base de sustentación de pie, sobrecargando articulaciones distantes al tobillo y el pie, ejemplo, la cadera y la rodilla, en el caso de la cadera, las radiografías que se acompañan, muestran signos de artrosis incipiente, probablemente por sobrecarga (fs. 409 vta. y 410, punto 16). A la fecha del examen, señaló que las lesiones estaban consolidadas con secuelas graves. El tipo de lesiones, sus secuelas y las estructuras afectadas, hacen imposible una restitución ad integrum, considero que la curación definitiva no es un hecho viable? (fs. 410, punto 17). De la pericia psicológica producida a fs. 346-351, surge también que a lo largo de estos años ha tratado de encontrar un ámbito en el cual desempeñarse sin inconvenientes, no logrando hasta la actualidad su cometido? (fs. 350), y que su desempeño cotidiano se ha visto alterado porque pese a las operaciones, tratamientos y rehabilitaciones a que se ha sometido, no ha logrado aún una recuperación definitiva y adecuada a sus expectativas? (fs. 351). La perito destaca manifestaciones tales como la playa ni voy, me da vergüenza?, en alusión al aspecto de su tobillo y pie, vergüenza que lo ha llevado a restringir actividades donde debería exhibirlos, y evitar así las explicaciones que debería brindar en el caso de ser interrogado por ocasionales interlocutores (fs. 347 vta.), o ante la falta de un ingreso económico adecuado, me siento una Ferrari con ruedas de fitito? (fs. 350).

IV.5.1: Para evaluar el daño moral parece útil tener presente que las normas que entrarán en vigencia el 1 de agosto de 2015, prevén que el monto indemnizatorio por daño no patrimonial deba fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas? (art.1741 del NCCC sancionado por ley 26.994). El tercer párrafo del artículo contempla lo que Jorge Galdós ha denominado el precio del consuelo? (charla videograbada para el Instituto de Estudios Judiciales de la SCBA, La responsabilidad civil en el NCCC?). Al respecto, Matilde Zavala de González (en RCyS 2013-XI portada), advierte que la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento? y que no se justifica una punición disuasoria cuando no está de por medio alguna reprobación de la actitud subjetiva del responsable?, señalando también - como lo hace esta Sala II - que ante perjuicios no patrimoniales de similar entidad corresponden indemnizaciones parecidas...?. Se ha dicho que como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva? (Zavala de González Matilde, Resarcimiento de daños?, ¿Cuánto por daño moral?, Ed. Hammurabi, Tomo 5 A, págs. 106 y sigtes.). La misma autora refiere que los daños morales son perceptibles por el Juez?, pues el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación? (obra citada en el párrafo anterior, pág. 107). Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González Matilde Cuanto por daño moral?, ob. cit., pág. 80 y sigtes.; en igual sentido, Viramonte Carlos y Pizarro Ramón Daniel, Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L.Q.?, en La Ley Córdoba 2007, junio, pág. 465, con cita de CSJN, sent. del

4-10-1994, en JA-1995-II-19, y 10-11-1992, en JA-1994-I-159; Peyrano Jorge W., ¿De la tarificación judicial ?iuris tantum? del daño moral?, en JA-1993-I-877; esta Sala, Expte. N°142.767, ¿Salazar Bustos Silvia c. Colavita Mauricio y ot. s. Daños y perjuicios?, sent. del 8-10-2009, R 876 (S) F°4778/86). De tal modo, se impone al tribunal el deber de examinar las pretensiones deducidas, prudentemente, y verificar si se han producido los perjuicios que se reclaman, evitando cuidadosamente no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables" (CS, 24/9/96, JA, 1997-III-142). En mi opinión, el apuntalamiento racional del monto de la reparación del daño moral pasa principalmente por fijar sumas indemnizatorias similares a los correspondientes a iguales perjuicios, razón por la cual no se requiere otra argumentación que lo escaso o excesivo comparado a situaciones semejantes, con detalle de los motivos por los cuales el modo de estar disvalioso, y diferente al que tenía la víctima antes del hecho dañoso, no se encuentra suficientemente reparado por la suma otorgada (Zavala de González Matilde, ¿Cuanto por daño moral?, ob. cit., pág. 80 y siguientes; esta Sala II, exped. 155.233, ¿Hartman Nilda c. Antunno José y ot. S. Daños y perjuicios?, sent. del 20-2-2014, R 39S F°169/74). El actor ha reseñado las lesiones sufridas en la afectación de su derecho. La pericia médica con la que inicié el análisis de este rubro es elocuente y clara respecto a la incapacidad total y permanente en un porcentaje del 68 % en un hombre joven que hoy tiene 29 años, y era sólo un niño de 16 años cuando ocurrió el accidente. Lo cierto es que las secuelas que deforman y retraen la funcionalidad del miembro, con un acortamiento del músculo gemelo, le impiden no sólo caminar normalmente sino que estéticamente lo afectan al punto de no querer mostrarse, y la curación definitiva ¿no es un hecho viable?. Es sabido que una incapacidad absoluta y permanente, vital y laborativa, como la que ha sufrido el actor, puede resultar más onerosa que un homicidio (Zavala de González Matilde, ob. cit., pág. 436), en tanto las secuelas irreversibles, la gravedad de la lesión anatómica y funcional, y la perturbación de los vínculos externos, se verifican en el caso de las lesiones incapacitantes sufridas en forma directa. Las pautas que computo para su evaluación son: i. las circunstancias que rodearon el hecho; ii. la parte del cuerpo afectada y la incapacidad que se la ha diagnosticado (ver pericia médica de fs. 406-410 y explicaciones de fs. 429-430), con su consecuente afectación de la vida laboral y social; iii. el cuadro psíquico descrito en la pericia pertinente (fs. 346-351 y explicaciones de fs. 363-364); iv. la edad de la víctima; v. las constancias de la Historia Clínica del H.I.G.A. (fs. 177-247); vi. los padecimientos que deberá seguir tolerando; vii. el modo en que fue reclamado el daño por incapacidad sobreviniente y por pérdida de chance, que veda toda posibilidad de aumentar el crédito de reparación sin incurrir en violación de la congruencia (arg. arts. 163 inc. 6 y 266 del CPCC), pese a la evidencia del daño sufrido. No puedo dejar de señalar que esta Sala comparte la tesitura de que aún cuando la víctima no ejercía o no acredita el ejercicio de una actividad lucrativa, o es totalmente incierto el monto de los ingresos, se recurre a la pauta orientadora del salario mínimo, que puede ser apreciada en más o en menos cuando las circunstancias así lo autorizan (Zavala de González Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, ob. cit., pág. 434; esta Sala II, exped. n°136.476, ¿Lattanzi Vicente c. Henrik Daniel y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 13-11-2008, R594 F°4158/67; exped. N° 157.876, ¿Buffa Héctor Hugo c. Ciarfaglia Adrián Agustín y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-4-2015, R 87 S F°418/438).

La aplicación de este criterio -basta un simple cálculo estimativo en atención a la edad de la víctima-, hubiera permitido satisfacer mínimamente aquél crédito. viii. la postura que viene sosteniendo esta Sala II, en el sentido de que la indemnización debe ser fijada a los valores más próximos a la sentencia (Alterini Atilio, Ameal Oscar y López Cabana Roberto, ¿Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales?, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.2003, pág. 277); ix. las indemnizaciones fijadas en casos similares (esta Sala II, exped. 134.964 y 135.302, ¿Tizzone Gabriela c. Caruso Carmine s. Daños y perjuicios? y ¿Fardaus Juan c. Caruso Carmine s. Daños y perjuicios?, sent. única del 6-10-2008, R 552 S F°3802/09). En base a ello propondré que la indemnización por daño moral se eleve a la suma de pesos ... (\$...), haciendo lugar parcialmente al recurso de la actora. IV.6: El agravio relativo a los intereses también prospera. La alternativa que esta Sala viene aplicando en los últimos pronunciamientos sobre el tema (exped. n°155.954, ¿Rojas Orocimbo c. Delio Cristian y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 4-9-2014, R 223-S F°944/58; exped. n° 140.856, ¿Merodio Enrique Sergio c. Marcote Alberto Amadeo s. Daños y perjuicios por enriquecimiento sin causa?, sent. del 2-10-2014, R 272-S F°1191/6; exped. n°143.761, ¿Lázaro Daniel César c. HSBC Bank Argentina SA s. Cumplimiento de contratos civiles y comerciales?, sent. del 17-12-2014, R330 S F°1185/1207, entre otros), respeta nominalmente la doctrina legal en tanto se mantiene dentro de la tasa pasiva - esta es la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días - sólo que permite seleccionar la tasa pasiva de mayor rendimiento (como haría cualquier depositante que cuide su dinero). Ello implica acatar la doctrina legal de la tasa pasiva, pero dentro de ella, individualizar aquella que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo ¿digital? a treinta días (es decir, aquellos cuyos fondos son captados a través del sistema HomeBanking de la entidad, actualmente denominado comercialmente ¿Banca Internet Provincia? o ¿BIP?), y en su modalidad ¿tradicional? (esto es, sin posibilidad de cancelar anticipadamente). La modalidad ha sido recientemente admitida por la Suprema Corte Provincial, sosteniendo que no hay vulneración de la doctrina legal, en causa 118.615, ¿Zocaro Tomás Alberto c. Provincia ART y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 11-3-2015. Esta tasa se

encuentra vigente desde el 19-8-2008 (www.bancoprovincia.com.ar/ tasas de uso judicial e históricas de consulta frecuente), y a los fines de su cálculo puede utilizarse la página web del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (www.colproba.org.ar) .

Los intereses se liquidarán utilizando la tasa pasiva expuesta en el párrafo anterior para la totalidad de los períodos comprendidos. Como en el caso hay períodos a liquidar respecto de los cuales no existe la tasa de referencia (por no existir el plazo fijo digital en aquel entonces), se utilizará la tasa pasiva que paga el Banco Provincia en sus depósitos a plazo fijo ?a la vista? a treinta días. El curso de los intereses moratorios comienza a partir del momento en que se produjo cada perjuicio, por lo que deberán liquidarse en el caso desde la fecha del hecho, es decir, 10 de noviembre de 2001. ASÍ LO VOTO El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: Considero que corresponde: I) Rechazar los recursos de apelación de los codemandados, Angel Ernesto Agüero, empresa de transportes ?El Libertador S.R.L.? y la citada en garantía ?Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros?. II) Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte actora y modificar la sentencia de primera instancia elevando los montos indemnizatorios por gastos médicos, de farmacia y traslados a la suma de pesos ... (\$...), y por daño moral a la suma de pesos ... (\$...). III) La suma de condena devengará los intereses fijados en el punto IV.6, liquidados a partir del 10 de noviembre de 2001. IV) Imponer las costas de esta instancia a los codemandados vencidos (art. 68 del CPCC). V) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904. ASÍ LO VOTO El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. SENTENCIA Con fundamento en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se rechazan los recursos de apelación de los codemandados, Angel Ernesto Agüero, empresa de transportes ?El Libertador S.R.L.? y la citada en garantía ?Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros?. II) Se hace lugar parcialmente al recurso de la parte actora y se modifica la sentencia de primera instancia elevando los montos indemnizatorios por gastos médicos, de farmacia y traslados a la suma de pesos ... (\$...), y por daño moral a la suma de pesos ... (\$...). III) La suma de condena devengará los intereses fijados en el punto IV.6, liquidados a partir del 10 de noviembre de 2001. IV) Las costas de esta instancia se imponen a los codemandados vencidos (art. 68 del CPCC). V) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase.

008403E