

Danos Y Perjuicios Colision Entre Automotor Y Motocicleta Movil Policial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Colisión entre automotor y motocicleta. Móvil policial Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños, pues de la prueba aportada se infiere que la moto embestida lo hacía probablemente pegada al borde derecho de la calzada, y que la camioneta policial produjo el sobrepaso a una distancia muy cercana, permitiendo el raspón de un metro de longitud y la pérdida de estabilidad sobre el ciclomotor y tripulante. En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a los 25 días del mes de agosto de 2016, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás, integrada por los Dres. Damián Nicolás Cebey, Marcelo José Schreginger y Cristina Yolanda Valdez, se reúne en Acuerdo Ordinario para dictar sentencia definitiva en los autos "CARRERA CESAR DARIO C/ JARDINEZ PABLO GABRIEL Y OTRO/A S/ PRETENSION INDEMNIZATORIA - OTROS JUICIOS", en trámite bajo el n° 2128-2015. Según el sorteo efectuado se estableció el siguiente orden de votación: Dres. Cristina Yolanda Valdez, Marcelo José Schreginger -no suscribiendo el presente por encontrarse en uso de licencia- y Damián Nicolás Cebey. **ANTECEDENTES** I. A fs. 59/74 vta. el Sr. César Darío Carrera, con el patrocinio de la Dra. María Natalia Destéfano, promueve demanda de daños y perjuicios contra Pablo Gabriel Jardinez, la Provincia de Buenos Aires y contra quien resulte propietario, responsable, poseedor, tenedor o usufructuario de la Unidad Oficial n° 31.541, marca Ford, tipo pick up, modelo Ranger, dominio ..., afectada al servicio de la Policía provincial, por la suma que pudieran corresponder con más intereses, gastos y costas; y solicita la citación en garantía de Provincia Seguros SA, en su carácter de aseguradora del vehículo embistente. Con relación a los hechos, relata que el 5 de mayo de 2011, a la hora 8.10, siendo un día diáfano, transitaba a velocidad prudencial en el ciclomotor de su propiedad marca Zanella 50 cc, circulando por Av. Circunvalación en sentido Este, hacia la Laguna El Carpincho, y que -de forma imprevista- es embestido desde atrás por una unidad policial móvil, siendo el impacto del lado derecho del paragolpe delantero del móvil contra su pierna izquierda, a causa de lo cual perdió el dominio del vehículo menor y cayó al suelo sobre su lado derecho, lesionándose su hombro. Destaca que la Instrucción Penal Preparatoria que se instruyó como consecuencia del accidente prueba las circunstancias, modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos. Con relación a la responsabilidad del Estado Provincial, resalta que el obrar de Pablo Gabriel Jardinez (agente policial que conducía el patrullero) lo hace responsable en los términos del artículo 1113 del CC. Detalla los daños producidos, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita se haga lugar a la pretensión iniciada, con costas. II. A fs. 92 se presenta el Dr. León Rodrigo Álvarez, en su calidad de gestor del Sr. Pablo Gabriel Jardinez (actuación ratificada a fs. 100) y contesta la demanda. Primeramente, realiza una negativa sobre la descripción de los hechos efectuada por la actora, para luego referir que el daño se ha producido por la exclusiva culpa de la víctima, que no existe responsabilidad de su parte. Citando el artículo 1111 del C.C., solicita a todo evento que se gradúe la incidencia causal de las respectivas conductas en el hecho dañoso; además, indica que existe una superposición de los rubros indemnizatorios reclamados. Hace reserva del caso federal y solicita se rechace la demanda, con expresa imposición de costas a la actora. III. A fs. 103 Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, representada por el Dr. Gastón Ferroni, contesta demanda. Tras las negativas del caso, expresa su versión de los hechos; enfatiza que el móvil policial registra un raspón en forma horizontal de un metro de largo que comienza en la puerta delantera derecha a la altura del espejo retrovisor y culmina en la mitad del guardabarros derecho, que el accidente se produce cuando el actor roza desde la derecha y viniendo de atrás al móvil policial, violando las normas de tránsito, con lo cual es un claro caso de culpa de la víctima por lo que no debe responder. Formula reserva del caso federal, y solicita se rechace la demanda con costas. IV. A fs. 120 comparece el letrado apoderado de Provincia Seguros S.A., Dr. Leonardo Horacio Agostini; reconoce la existencia de la póliza vigente; señala el mínimo de cobertura; efectúa negativa de rigor y adhiere a la presentación de Pablo Daniel Jardinez. V. Con fecha 29 de mayo de 2015 el a quo dicta sentencia, en la que expone los siguientes fundamentos y alcances. Dice tener por acreditado el hecho en su configuración fáctica y las lesiones físicas sufridas -daño- por Carrera, de conformidad con las alegaciones de las partes, el peritaje y las constataciones médicas obrantes en autos. Analiza las constancias de la IPP n° 04 -00-002851-11; refiere a la pericia del médico de policía, Dra. Carolina Pérez Mernes, y a la experticia efectuada por el Dr. Luis María Rosas, perito médico forense, como a la pericia mecánica efectuada en autos por el perito Díaz (fs. 308) y los dichos del testigo Carignani (fs. 306). En cuanto a la relación de causalidad y del factor de atribución, considera de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1113 del Cód. Civil, y señala que los antecedentes existentes tanto en esta causa como en la que tramitó ante la justicia penal avalan que la circulación de la motocicleta era probablemente correcta y que el vehículo de mayor porte embistió a ésta. Entiende que, en la investigación de la causalidad adecuada, se demuestra que la acción del conductor del móvil policial resultó apta desde el punto de

vista causal; cita doctrina tratando de determinar si la conducta de la víctima interrumpió o no el nexo causal entre el hecho y el daño y, en su caso, establecer la medida en que lo fue, constituye una cuestión de hecho, para concluir que la víctima no incurrió con su actuar a coadyuvar en la dinámica del accidente sino que se ha probado que el motociclo fue embestido por el móvil policial al circular por calle Av. Circunvalación en dirección sentido Laguna El Carpincho, es decir, el conductor del móvil policial ha transgredido específicos deberes legales al momento de producirse el accidente. En cuanto a la indemnización reclamada, en lo que hace a la incapacidad sobreviniente, reconoce la suma de Pesos Ochenta Mil (\$.80.000) por tal concepto (aclaratoria mediante de fs. 371), justificando que el médico actuante determinó para el actor -como consecuencia del accidente- una incapacidad total y permanente del orden del 21,8%; que -a la fecha del accidente- contaba con cuarenta y dos (42) años de edad; que, si bien no obra prueba fehaciente de la actividad que desarrollaba, se reconoce que realizaba tareas de albañilería y luego del accidente realiza funciones de jardinero. En lo atinente al daño emergente del hecho (entendiéndolo comprensivo a distintos gastos -médicos, farmacéuticos, traslado en Junín y a CABA-) lo justiprecia en la suma de Pesos Seiscientos Cincuenta y Cinco con Setenta y Siete Centavos (\$.655,77). En concepto de lucro cesante (como la ganancia dejada de percibir después del accidente por su labor de albañil) estima justo disponer la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$50.000) por todo concepto. Rechaza la pretensión de pérdida de chance, sosteniendo que no existen elementos de convicción para su reconocimiento, más que la facturación en copia simple adjunta.

Finalmente, en cuanto al rubro daño moral, alegando que los sufrimientos padecidos por la reclamante de autos generan una lesión en sus derechos extramatrimoniales, que hiere sus afecciones legítimas, lo reconoce en la suma de Pesos Veinte Mil (\$20.000). Por último, determina que -conforme la póliza adjunta y el vínculo de garantía expuesto en autos- la condena debe hacerse extensiva a la citada en garantía, conforme el artículo 118 de la ley n° 17.418. En un capítulo aparte refiere a los intereses a aplicar -con cita de reconocida jurisprudencia sobre el tema-; señala que nada impide seleccionar la tasa pasiva de mayor rendimiento siendo válido tomar aquella que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo a treinta (30) días respecto de fondos captados en forma "digital", es decir a través del sistema Home Banking de la entidad, que se denomina comercialmente Banca Internet Provincia o BIP, en su modalidad tradicional. Y, teniendo en cuenta la fecha de la mora (la del hecho), que este tipo de tasa no existiese en todos los períodos de aplicación, en aquellos que no existiese el plazo fijo digital juzga que se aplicará la tasa para la modalidad clásica (a la vista) de plazo fijo a treinta (30) días. Así, concluye haciendo lugar a la demanda seguida por César Darío Carrera contra Pablo Javier Jardinez y la Provincia de Buenos Aires, condenándolos a pagar, dentro del plazo de sesenta (60) días (artículo 163 de la Constitución Provincial), la suma de Pesos Ciento Cincuenta Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco con Setenta y Siete Centavos (\$.150.655,77), con más los intereses a liquidarse conforme antes lo indicara; y hace la condena extensiva a la citada en garantía en los términos del artículo 118 de la ley n° 17.418; impone las costas a las demandadas y la citada en garantía (artículo 51, C.C.A.). Además, fija los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, doctora María Natalia Destéfano, en el ... por ciento (...%); del doctor León Rodrigo Álvarez, letrado patrocinante del codemandado Jardinez y de la compañía aseguradora, en el ... por ciento (...%); en ambos casos, de conformidad con la liquidación que en definitiva resulte aprobada, con más los aportes de ley, difiriendo la regulación de los peritos intervinientes para el momento procesal oportuno; y expresando que no se fija los emolumentos de los abogados de la Provincia de Buenos Aires, en función de lo normado por el artículo 18 del decreto ley n° 7543/69. VI. Disconformes con dicho fallo de grado las partes recurren en apelación. 1- A fs. 372 el Dr. León Rodrigo Álvarez (en representación de Jardinez y de la citada en garantía Provincia Seguros S.A.) apela y expresa los siguientes agravios y consideraciones. 1- a.- Alega que se ha dictado un fallo injusto por el que se llega a una condena sin apreciar la realidad y la responsabilidad de la víctima o su propia actitud negligente, que lleva al desenlace trágico. Se queja de la apreciación del a quo al señalar que "... los demandados han tratado de justificar el desplazamiento negligente o imprudente de la motocicleta al circular por la Av. Circunvalación, sin acreditar elemento alguno que conmueva al suscripto tener por probada dicha conducta del demandante..."; dice que, contrariamente, la norma imperante del artículo 275 del CPCC por remisión, era el actor quien debía conmover al Magistrado para que acceda a la petición indemnizatoria, y no lo ha hecho.

Describe los hechos según considera que sucedieron, y dice que el iudex mal interpreta las constancias de la I.P.P. y testimonios, haciendo una presunción errónea a favor del accionante, al no tener en cuenta que es el actor quien impacta con el espejo retrovisor al patrullero y sin determinar la prioridad de paso de ninguno de los dos (2) vehículos. Destaca que, al momento del hecho, la iluminación solar se encontraba de frente a los conductores, y ello jugaba a favor de su representada, quien no tiene la carga probatoria de la litis. En subsidio, solicita a esta Alzada considere que existen sobrados argumentos o dudas como para distribuir la responsabilidad del evento y, ante la falta de certeza o claridad sobre los hechos, tener que la culpa resulta concurrente. 1- b.- Sostiene que los montos indemnizatorios no se corresponden con la realidad, son exuberantes, desproporcionados y, a veces, injustificados. Cuestiona las sumas fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos, lucro cesante y daño moral. 1- c.- En subsidio, se agravia de la tasa de interés aplicable. Alega que, en este tipo de proceso por daños, no se puede ir más allá del

resarcimiento clásico, salirse de la tasa pasiva o la que paga el Banco en depósitos a treinta (30) días es dar un salto al vacío, que terminará por arruinar hasta la posibilidad de indemnizar y cumplir las obligaciones. Continúa defendiendo la aplicación de la tasa pasiva y dice que los fallos citados son de raigambre laboral no aplicables al caso. 1- d.- Respecto de la imposición en costas, entiende que en el caso no se da ningún supuesto para el apartamiento de la norma impuesta en el artículo 51 del CCA. Mantiene la reserva del caso federal y solicita se revoque el decisorio atacado; y, en subsidio, se reduzcan los montos de condena y se aplique la tasa de interés pasiva común, con costas en el orden causado. 2- A fs. 380/384 el actor interpone recurso de apelación contra la sentencia, exponiendo los agravios que a continuación se sintetizan. Primer agravio: Suma fijada en concepto de indemnización por la incapacidad sobreviniente. Refiere a la edad que tenía al momento del hecho dañoso y destaca que deberá transitar más de la mitad de su vida activa con una capacidad sensiblemente disminuida, a raíz del hecho ventilado en autos. Además, resalta su situación socioeconómica, que califica de precaria y que empeora con el tiempo. También refiere a la experticia médica y a las manifestaciones del perito al explicar la imposibilidad de extraerse la RMN requerida por dicho galeno debido a la falta de cobertura por parte de su nueva obra social de Jardineros, Parquistas, Viveristas y Floricultores de la República Argentina. Entiende que el fallo yerra en ese aspecto, pues ha omitido valorar debidamente sus condiciones personales al momento de cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente en función de los parámetros que ésta provocará en su vida futura. Segundo agravio: Suma fijada en concepto de indemnización por daño emergente del hecho. Se queja por entender que el monto establecido (que se corresponde con la documental adjunta al escrito de demanda respecto de las erogaciones realizadas hasta la fecha de interposición de ella) no ha sido debidamente actualizado, ni representa los gastos futuros y de difícil comprobación que deberá afrontar; cita jurisprudencia. Tercer agravio: Suma fijada en concepto de indemnización por lucro cesante. Destaca que la documental acompañada da cuenta que las ganancias dejadas de percibir como albañil desde la fecha del siniestro hasta la actualidad exceden el monto fijado por el sentenciante, a lo que debe sumarse con las pertinentes actualizaciones, la diferencia entre el ingreso mensual de un constructor y el de un jardinero por todo el tiempo transcurrido desde que comenzó a desempeñarse en ese nuevo oficio, diferencia que se ha ido incrementando con el transcurso de tiempo dado el aumento de precio de la mano de obra en el rubro construcción debido a los planes "Procrear", implementados por el Gobierno. Cuarto agravio: Suma fijada en concepto de indemnización en concepto de pérdida de chance. Dice que el hecho dañoso sufrido ha frustrado la probabilidad de tener mayores ganancias y avances laborales en su desempeño como constructor, que -al ser despedido y trabajar como jardinero- lo coloca en desventaja económica; cita doctrina. Quinto agravio: Suma fijada en concepto de indemnización por daño moral. Refiere que no se ha tenido en cuenta, al momento de establecer el monto, todos los padecimientos que ha tenido, tiene y tendrá en sus proyecciones futuras personales, y que le impiden el goce pleno de aquellos bienes como la tranquilidad de espíritu y la integridad física. Solicita se incremente la indemnización por tal concepto. Sexto agravio: Tasa aplicable. Sostiene que la tasa de interés que fija el a quo no condice con el concepto de reparación integral, y solicita que se resuelva conforme a la doctrina sentada en el plenario "Samudio". En un párrafo aparte dice, invocando el artículo 57 del CCA, adjunta documentación que le fuera extendida en ocasión de su despido y solicita que se tenga en cuenta en esta Alzada; informa que -de la constancia de la AFIP- surge la actividad en la que debió desempeñarse con posterioridad al hecho dañoso y la retribución percibida por tal concepto y el TCL de despido en sí mismo. Alega que dicha documental recién obró en su poder cuando el a quohabía llamado a autos para sentencia y las presentes actuaciones se hallaban en estado de resolver. Mantiene la reserva del caso federal, solicita se revoque las partes del fallo que han sido sujetas a crítica, haciendo lugar a lo peticionado en todas sus partes. 3- A fs. 385 la Dra. María Natalia Destéfano apela los honorarios regulados en su favor por bajos. 4- A fs. 387 el apoderado de la Fiscalía de Estado Provincial interpone recurso de apelación contra la sentencia, expresando los agravios que se reseñan. 4- a) Cuestiona la cuantificación de los rubros indemnizatorios realizada. En cuanto al lucro cesante, dice que el monto fijado se aparta del peticionado en demanda, sin fundamentos, por la sola convicción del sentenciante. También cuestiona el monto establecido para el rubro incapacidad sobreviniente, que entiende no tiene en cuenta que -tal como lo afirma el propio judicante en su sentencia- luego del siniestro el actor ha continuado con trabajos de electricidad y limpieza, e igualmente adolece de fundamentos. Por último, rechaza el monto fijado en concepto de daño moral, solicitando se reduzca por desmedido, y teniendo en cuenta que la recuperación del actor fue total, ya que las lesiones lucen consolidadas y ha continuado con sus labores y demás. 4- b) Se queja de la tasa de interés aplicada afirmando que no resulta válida por diferentes razones que identifica como: -técnicas; -puramente históricas; -vinculadas al principio lógico de identidad; -relacionadas a la función unificadora de la casación; -en orden a la función ideológica de la casación. Desarrolla cada uno de dichas razones mediante ejemplos, y cita de jurisprudencia. Finaliza haciendo reserva del Caso Federal, peticionando que se revoque la sentencia, con costas. VII. Contestaciones de las apelaciones: - VII. 1. A fs. 411 el Dr. León Rodrigo Álvarez, en representación de Jardinez y de la citada en garantía Provincia Seguros S.A. responde los agravios actorales, y oponiéndose a la documental acompañada por esa parte, solicita su desglose. VII. 2. A fs. 421 el actor contesta el recurso de

apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado. VII. 3. A fs. 426 el actor responde los agravios de Jardinez y de la citada en garantía. VII. 4. A fs. 460 el demandado Jardinez ratifica todo lo actuado, en su nombre y representación, por el Dr. Álvarez y su letrado patrocinante. VIII. Expuestos los antecedentes de autos, la Cámara estableció la siguiente cuestión a resolver: - ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión la Dra. Valdez dijo: - Conforme los planteos de las partes, estimo que corresponde principiar por el análisis vinculado con la apreciación que el Magistrado de grado efectuara sobre la mecánica del hecho y la atribución de responsabilidad, puesto que -en caso que se admitiera lo sostenido por el Dr. León Rodrigo Álvarez (en representación de Jardinez y de la citada en garantía Provincia Seguros S.A.) respecto de la ausencia de responsabilidad de los demandados- devendría innecesario el tratamiento de la queja -efectuado por los litigantes- referida a los montos indemnizatorios y la tasa de interés aplicada en la instancia de grado. 1. Respecto del grado de responsabilidad que correspondería asignar a cada uno de las partes intervinientes en el hecho dañoso, entiendo que la crítica efectuada en este aspecto por la recurrente, no alcanza para conmover el contenido de la decisión, que ha sido dictada respetando el principio de la sana crítica (artículo 384 CPCC), como veremos. El Magistrado analizó la ocurrencia del hecho en su configuración fáctica y las lesiones físicas sufridas -daño- por Carrera de conformidad con las alegaciones de las partes y peritaje y constataciones médicas obrantes en autos. Así, efectúa un repaso de las constancias obrantes en la IPP n° 04-00-002851-11, refiere a la pericia del médico de policía Dra. Carolina Pérez Mernes, y a la experticia efectuada por el Dr. Luis María Rosas, perito médico forense, y a la pericia mecánica efectuada en autos por el perito Díaz (fs. 308) y a los dichos del testigo Carignani (fs. 306). Luego, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, señala que los antecedentes existentes en esta causa como en la que se tramitó ante la justicia penal avalan que la circulación de la motocicleta era probablemente correcta y que el vehículo de mayor porte embistió a ésta. Y sostiene que, en la investigación de la causalidad adecuada, se demuestra que la acción del conductor del móvil policial resultó apta desde el punto de vista causal, y que el motociclo fue embestido por el móvil policial al circular por calle Av. Circunvalación en dirección sentido Laguna El Carpincho, y que el conductor del móvil policial transgredió específicos deberes legales al momento de producirse el accidente. Es de recordar que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino sólo aquéllas que juzgue -según su criterio- como pertinentes y conducentes para resolver el caso (fallos 274:113; 280:320; entre otros); asimismo no tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que estimen que posean relevancia para sustentar sus conclusiones (fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 301:267) (CNCom., Sala A "José Lozano S.A. c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario" del 21/11/00). Se ha dicho: - "El material probatorio, por otra parte, ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo. Muchas veces esa certeza moral no se obtiene con una evaluación aislada de dichos elementos, o sea tomados uno por uno, sino aprehendidos en su unidad (CNCiv., Sala C, 6/10/70, LL, T. 142, p. 630)" (citado por Muñoz Luis E., "Los Procesos Ordinarios, Sumarios y Sumarísimos"; Bs. As., Editorial Universidad, edición 1993, página 406). En determinadas circunstancias, y ante situaciones que puedan interpretarse de diversas formas, siempre resulta necesario y razonable preferir aquellas que -concordantes con los demás elementos de juicio- resulten viables para tenerlas por ciertas. Dicha apreciación configura una actividad exclusiva del Juez, que fundamenta en ella su convicción. Cabe considerar, además, que la Ley n° 24.449 (a la que adhiriera la Provincia de Buenos Aires) contiene diversas regulaciones con relación a la conducta que debe desarrollar quien tiene a su cargo la conducción de un vehículo circulando por la vía pública. Como pauta de ponderación del proceder de los conductores, establece: - ?ARTICULO 39. - CONDICIONES PARA CONDUCIR. Los conductores deben: (...) b) En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra deben advertirla previamente y realizarla con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito. Utilizarán únicamente la calzada, sobre la derecha y en el sentido señalizado, respetando las vías o carriles exclusivos y los horarios de tránsito establecidos.?

Consecuentemente con ello, del Acta de Procedimiento Policial (fs. 161), y del informe pericial del Ingeniero Mecánico Roberto Hugo Díaz (fs. 269/271 vta. y 355), se desprende -más precisamente de este último- que la posición y sentido de circulación de los vehículos, previo al hecho de autos, eran en igual sentido por mano derecha de Av. Circunvalación, que no existen aportes que permitan esclarecer con precisión el punto de contacto que -sobre la calzada- se produjo entre ambos, ni que la velocidad en que se desplazaban fuera elevada; por el contrario, se infiere que la moto embestida lo hacía probablemente pegada al borde derecho de la calzada (o a centímetros más adentro), y que la camioneta produjo el sobrepaso a una distancia muy cercana, permitiendo el raspón de un metro de longitud y pérdida de estabilidad sobre el ciclomotor y tripulante. En consecuencia, sostengo como probado que la conducta del conductor del móvil policial generó el accidente, y que no existen evidencias que permitan evaluar la ruptura del nexo causal por parte del conductor del vehículo menor, como tampoco la concurrencia de responsabilidad entre las partes involucradas

en el hecho. Por lo tanto, resta rechazar el agravio en tratamiento. 2. Expresado lo anterior, me abocaré al análisis de los rubros indemnizatorios, respecto de los cuales los contendientes se agravan por ser de bajo monto -la actora- o, por el contrario, de excesivo quantum -los demandados y la citada en garantía- en los aspectos ya indicados y que se abordarán a continuación. 2. a) Se establece en sentencia la suma de Pesos Ochenta Mil (\$.80.000) para el rubro daño por Incapacidad Sobrevenida. El Magistrado, para fundar su posición, tiene en cuenta las conclusiones arribadas en la Pericia Médica, así como las circunstancias personales del accionante, y las secuelas que le genera una incapacidad de grado parcial. Luego el Dr. Luis María Rosas, en tanto auxiliar de la justicia y colaborador de la convicción del juzgador, ha fijado para Carrera el 21,8% de incapacidad laboral, de carácter parcial y permanente (fs. 308 y 319). Impugnada y requeridas explicaciones al experto, las contestó a fs. 319, manteniendo su posición. Recordemos que expresó (fs. 308): - "Estado actual de los antecedentes objetivables. El actor presente (sic) una lesión en la articulación del hombro derecho descripta en RNM (sic) citada anteriormente, con pérdida del movimiento universal del hombro. LUXACIÓN ACROMIO CLAVICULAR (sic) lado dominante, 15% MAS ANQUILOSIS ACROMIO CLAVICULAR 6,8% incapacidad laboral total es del 21,8% la incapacidad laboral restante del 78,2%, por Baremo de Altube Rinaldi y regla de incapacidad e incapacidad restante. Las lesiones son de tipo permanente, grado parcial y carácter definitivo." El Magistrado juzgó sobre la incapacidad del 21,8 % (porcentaje no cuestionado en esta instancia), no advirtiendo motivos que lleven a apartarse de aquellas conclusiones, atento las explicaciones que el experto vertiera. Por lo que queda analizar el alcance dado. Entiendo -en virtud de dicha pauta- que el quantum monetario asignado por este rubro resulta escaso, teniendo en cuenta el porcentaje fijado al actor, considerando que corresponde fijarlo en la cantidad de Pesos Ciento Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos (\$.174.400). 2. b) En cuanto al reproche efectuado sobre la suma fijada en concepto de indemnización por Daño Emergente de Pesos Seiscientos Cincuenta y Cinco con Setenta y Siete (\$.655,77), estimo que tal monto no debe modificarse, toda vez que el reclamo de actualización pretendido por la parte actora deviene improcedente, además de falto de fundamento el agravio del demandado Jardinez y la citada en garantía. Así, la decisión adoptada por el Magistrado de grado resulta justa y reparativa en función de las constancias de autos; por lo cual postulo confirmar el monto de Pesos Seiscientos Cincuenta y Cinco con Setenta y Siete (\$.655,77) por el rubro en tratamiento. 2. c) También se disconforman las partes de la suma fijada en concepto de Lucro Cesante. Recuerdo que el actor solicitó -en demanda, fs. 68- por tal concepto la cantidad de Pesos Catorce Mil Cuatrocientos (\$.14.400) y que, no obstante ello, lo agravia la suma fijada en sentencia de Pesos Cincuenta Mil (\$.50.000). También de dicha suma se quejan los demandados apelantes (fs. 373 vta. y 387), considerándola desmesurada y establecida sin fundamento alguno. Para la procedencia de este rubro, debe atenderse a la razonable posibilidad de obtener un beneficio económico que se vea frustrado ante el acontecimiento del hecho dañoso; no es un beneficio en sí mismo, sino la sostenible posibilidad de lograrlo. Este extremo debe ser claramente demostrado por quien alega su procedencia. Me parece oportuno citar la posición de Alejandra D. Abrevaya (en El Daño y su Cuantificación Judicial, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, página 304), en cuanto refiere a la prueba del lucro cesante: - "Dos son, entonces, los extremos a comprobar: uno referido a la actividad en sí misma y a su frustración en el período posterior al hecho lesivo, y el otro, a las ganancias que se dejaron de percibir. Si bien en este punto puede soslayarse la prueba cabal de su quantum, deben existir elementos que permitan, al menos en forma aproximada, acreditar el alcance de esas ganancias dejadas de percibir, pues de lo contrario no cuenta el magistrado con dato alguno para efectuar una cuantificación del daño. Por ello, la insuficiencia probatoria en la práctica, muchas veces descuidándose ese aspecto tan importante, y por ausencia de uno de los extremos mencionados, lleva al rechazo seguro del rubro resarcitorio. Podrá eventualmente hacerse jugar lo que en derecho procesal se conoce como 'hechos notorios', o en su caso, 'las máximas de experiencia', es decir, 'aquellas que se extraen en parte, del vivir y obrar de las personas y la naturaleza e integran el conocimiento llamado común o vulgar', pero ciertamente no alcanza a todos los supuestos pues las ganancias que se han visto frustradas de modo efectivo no quedan comprobadas de esa manera, así es que quedará probado sólo un aspecto requiriendo plena prueba en el restante". En el caso, el actor pretende el reconocimiento de las ganancias dejadas de percibir como albañil desde la fecha del siniestro hasta la actualidad, comprensivo de los meses no trabajados, y la merma en su ingreso al cambiar de oficio de albañil a jardinero; ganancias que, como antes dijera, cuantifica -en demanda- en la suma de Pesos Catorce Mil Cuatrocientos (\$.14.400). Es de recordar lo que jurisprudencialmente se tiene afirmado: - "Para que resulte viable la indemnización por este parcial tiene que acreditar la ganancia dejada de percibir, debe encontrarse justificada la actividad frustrada, el tiempo durante el cual se dejó de percibir las sumas reclamadas, pues ello es lo que constituye el daño." [CC0103 MP 144974 RSD-36-10 S 23-2-2010, Juez Zampini (SD), "Palomeque, Gastón c/ González, Ramón s/ Daños y Perjuicios", Mag. votantes: Zampini-Gérez; Juba, sumario B.1408411]. En este aspecto, la prueba rendida en autos resulta viable para sostener que el actor, producto del accidente sufrido, debió cambiar de oficio; empero, las precisiones que brinda respecto de la cuestión no resultan lo suficientemente aptas como para establecer un monto superior al pretendido en compensación por las diferencias salariales que dice haber sufrido en sus ingresos. Ha dicho

nuestra Suprema Corte Provincial: - ¿En este sentido, se difunde jurisprudencialmente con respecto al lucro cesante que el daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas deberían lograrse por la víctima del incumplimiento con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido aquél. Pero no se trata de mera posibilidad de esas ganancias, tampoco de la seguridad de que ellas se habrían obtenido, ya que tal certeza no puede lógicamente existir con respecto a ganancias en cierto modo supuestas. El criterio a aplicar es un intermedio entre esos dos extremos, el de la probabilidad objetiva de acuerdo con las circunstancias del caso?(sentencia del 21 de noviembre de 2001 en causa Ac. 72.593 "Zárate, Silvia Alejandra c/ Club de Leones D.A.S. y B. s/ Cumplimiento de contrato y consignación", voto del Dr. De Lázzari -MA-). Por todo ello, entiendo acertado -en esta instancia- modificar la suma establecida en sentencia reconociendo procedente otorgar para el rubro en cuestión la suma de Pesos Catorce Mil Cuatrocientos (\$14.400), conforme lo pretendido en demanda, no habiendo aportado probanzas que justifiquen incremento a su petición. 2. d) Con relación al rubro Pérdida de Chance, el juzgador rechaza en sentencia por considerarlo subsumido en lo mensurado para el lucro cesante. El agravio debe también desestimarse porque el argumento del a quo responde a lo que viene definiendo la SCBA para el rubro: - "Sobre el particular, hace tiempo señalé que en el caso de la pérdida de 'chance' lo reparable es la pérdida de un probable beneficio, probabilidad que es tal en cuanto se basa en lo que de ordinario sucede. De este modo se puede entonces identificar el daño padecido. No se trata pues de la pérdida de futuros ingresos ciertos sino del cercenamiento de la razonable perspectiva de contar con ellos en el futuro (conf. causa L. 67.443, sent. del 30-VIII-2000). En este sentido esta Corte ha resuelto recientemente que con la expresión 'pérdida de chance' se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero cercenando, evidentemente, una expectativa, una probabilidad de obtener una ventaja, etc. (conf. doct. causas C. 91.262, sent. del 23-V-2007; C. 101.593, sent. del 14-VI-2010)." [SCBA causa C. 117.926, "P., M. G. y otros c/ Cardozo, Martiniano Bernardino y otros. Daños y perjuicios" (expte. n° 26.050) y sus acumuladas "Almirón, Javier Francisco c/ Siderar S.A. Industrial y Comercial. Daños y perjuicios" (expte. n° 27.410) y "Carulli, Horacio Jorge c/ P., M. G. y otros. Daños y perjuicios" (expte. n° 28.898), sentencia del 11 de febrero de 2015]. 2. e) Ahora ingresaré al tratamiento de las impugnaciones sobre el monto indemnizatorio otorgado por daño moral, en la suma de Pesos Veinte Mil (\$20.000). Es doctrina del Alto Tribunal bonaerense que, por este rubro, se indemniza la privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (conf. Ac. 40.082, sentencia del 9-V-1989 "Orellano", A y S 1989-II-15; L. 40.790, sentencia del 13-VI-1989 "Miguez", A y S 1989-II-391). También ha dicho el Alto Tribunal bonaerense que: - ¿Debe considerarse el daño moral como la lesión a derechos que afecten el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho ilícito. En cambio no es referible a cualquier perturbación del ánimo. Basta para su admisibilidad la certeza de que existió, ya que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa-, incumbiéndole al responsable del hecho acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya toda posibilidad de daño moral. Siendo su naturaleza de carácter resarcitorio, no se trata de punir al autor responsable, de infringirle un castigo, sino de procurar una compensación del daño sufrido (art. 1078 Cód. Civ.) y su estimación se encuentra sujeta al prudente arbitrio judicial, no teniendo por qué guardar proporcionalidad con el daño material, pues no depende de éste sino de la índole del hecho generador? [SCBA, C 96225 S 24-11-2010, Juez PETTIGIANI (SD), ?P., C. M. y otro c/ Hospital Dr. Ricardo Gutiérrez y otros s/ Daños y perjuicios?, Mag. votantes: Pettigiani-de Lázzari-Soria-Negri]. Expresa la actora haber sufrido la pérdida de su trabajo y la necesidad de adquirir un nuevo oficio de mayor rendimiento económico, y también describe encontrarse en una condición económica precaria. Por otra parte, dependiendo el reconocimiento y resarcimiento del daño moral, en principio, del arbitrio judicial -para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión [SCBA, 1/12/92, ?Fernández, Ana M. y otro v. Doumecq S.A. y otros?, 1993-II)], estimo que corresponde elevar el monto dispuesto en el fallo de grado. Atendiendo las características del caso, considerando que los argumentos de Fiscalía de Estado nada tienen que ver con el alcance del rubro en tratamiento, que los expresados por la aseguradora y el demandado Jardinez no resultan sino una mera disconformidad y no constituyen agravio, y ponderando los padecimientos que ha debido pasar el actor por la luxación acromio clavicular del brazo derecho, (v. fs. 272 y 308) resulta prudente cuantificar este reclamo en la suma de Pesos Cuarenta Mil (\$40.000). 3. En cuanto al agravio referido a la tasa a aplicar en el rubro intereses, señalo que la tasa de interés activa pretendida por la actora recurrente no resulta procedente en virtud de la doctrina de la SCBA. Recientemente, se ha pronunciado al respecto en la causa C. 119.176, "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios", del 15/06/2016, en la cual dispuso que los intereses se han de liquidar según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo

debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). Tampoco resulta de recibo lo planteado a fs. 372 el Dr. León Rodrigo Álvarez (en representación de Jardinez y de la citada en garantía Provincia Seguros S.A.), en virtud del criterio de la SCBA recién referido. Y, por idéntica razón, el agravio planteado a fs. 387 por el apoderado de la Fiscalía de Estado. Por ende, considero que debemos desestimar los agravios y confirmar los intereses mandados en la sentencia de la anterior instancia.

4. En resumen de lo expuesto, considero que debemos modificar parcialmente la sentencia en crisis, estableciendo el pago de la suma de Pesos Ciento Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos (\$174.400) por el rubro incapacidad sobreviniente y de Pesos Cuarenta Mil (\$40.000) por el rubro daño moral, confirmando en lo demás que ha sido materia de agravios tratados precedentemente.

5. Las costas han sido motivo de queja por parte del demandado Jardinez y la aseguradora. Atendiendo al principio objetivo de la derrota, debe confirmarse su imposición a las demandadas y citada en garantía, ambas vencidas (artículo 51 apartado 1 CCA s/ Ley n° 14.437).

6. Por último, con relación a la queja efectuada por la Dra. María Natalia Destéfano (fs. 386) respecto del porcentaje fijado en concepto de honorarios regulados a su favor, no corresponde su tratamiento, toda vez que postulo que dejemos sin efecto el apartado 3.) del Resuelve de la sentencia de grado, en cuanto procede a la regulación de honorarios, en tanto deberá efectuarse ella en oportunidad de ser aprobada la liquidación respectiva, conforme lo establece el artículo 51 del decreto ley n° 8904/77.

ASÍ VOTO. El Juez Cebey dijo: - Compartiendo el criterio expuesto por la Dra. Valdez, en igual sentido doy mi VOTO. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Cámara RESUELVE:

1° Modificar la sentencia de grado, de conformidad con lo expresado en el voto que sustenta la presente, respecto del monto debido por incapacidad sobreviniente y por daño moral; - 2° Tener presente las reserva del Caso Federal formuladas por las partes (a fs. 375 y 3899); - 3° Imponer las costas de esta instancia a las demandadas y citada en garantía, ambas vencidas (artículo 51 apartado 1 CCA); - 4° Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en la instancia de origen y diferir la correspondiente a esta instancia para su oportunidad (artículo 51 decreto ley n° 8904/77). Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvanse.

011048E