

Peaton Atropellado Al Cruzar La Calle Estado De Embriaguez Culpa Concurrente

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Peatón atropellado al cruzar la calle. Estado de embriaguez. Culpa concurrente Se confirma la sentencia apelada en cuanto admitió parcialmente la demanda de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, ocurrido al ser atropellado en la vía pública el hijo de la accionante por un automóvil, falleciendo como consecuencia de ello. Se adjudica la responsabilidad en un 70% al demandado y en un 30% a la víctima.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los días del mes de marzo de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos caratulados: ?ALMADA, Pilar Casimira contra CASTRO, José Ramón y otros sobre Daños y Perjuicios?, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, la Dra. Lidia B. Hernández dijo: Contra la sentencia de grado dictada a fs. 328/340, que hace lugar parcialmente a la demanda apela a fs. 342 la parte actora y a fs. 341 la parte demandada y citada en garantía. I.- La cuestión litigiosa. La progenitora de quien en vida fuera José Américo Ojeda reclama la indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del hecho acaecido el 1 de abril de 2008, siendo aproximadamente las 10.35 horas. Relata que en circunstancias en las que su hijo se encontraba cruzando la Avda. Brasil en dirección sur-norte (es decir desde la vereda del Hospital Garrahan hacia la vereda opuesta del nosocomio) a la altura de Pichincha del Barrio de Parque Patricios, fue violentamente embestido por el lateral delantero izquierdo del automóvil particular Renault MeganeScenic, dominio DGR 907 conducido en la oportunidad por el Sr. José Ramón Castro, que circulaba en dirección oeste- este. Como consecuencia del impacto el Sr. Ojeda es desplazado siete metros sobre la calzada quedando caído sin signos vitales en forma perpendicular sobre la calle Brasil - mano de circulación Este/Oeste- junto a la doble línea amarilla que separa ambos carriles de circulación. Imputa la responsabilidad por el hecho dañoso al demandado y requiere la citación en garantía de Caja de Seguros SA. La citada en garantía asumió la cobertura del seguro al tiempo del suceso. Sostuvo que el vehículo asegurado circulaba correctamente y a escasa velocidad. Atribuye -al igual que el demandado- la culpa del hecho a la víctima no sólo por cruzar por un lugar no habilitado sino también por haberse detectado un alto contenido de alcohol en sangre. El Sr. juez de grado hizo lugar parcialmente a la acción incoada condenando a la parte demandada a abonar la suma de \$ 180.700. Dicha sentencia, estableció la concurrencia de responsabilidad en el hecho entre la víctima y el demandado por partes iguales (50% a cada uno), e hizo extensivo el pronunciamiento a la empresa citada en garantía en la medida del seguro. De tal pronunciamiento se agravio la actora, quien cuestiona que se le hubiere adjudicado responsabilidad por el hecho. Se agravia también por el monto fijado a las partidas indemnizatorias cuyo incremento y actualización requiere. El demandado y su aseguradora objetan su grado de responsabilidad en el accidente. Se agravian, también, por la procedencia y monto de las partidas indemnizatorias así como porque se aplicó la tasa activa desde la fecha del hecho hasta la del efectivo pago. Al contestar los agravios, la aseguradora y la parte actora solicitan que se declaren desiertos los recursos interpuestos por sus contrarios por no reunir los requisitos mínimos exigidos por el art. 265 del Código Procesal. Subsidiariamente a fs. 366/9 y a fs. 370/373 contestan los agravios, a cuyos términos cabe remitir en honor a la brevedad. En cuanto a la deserción mutuamente requerida no es ocioso recordar, el escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas, conforme la norma citada, por lo que el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe al apelante de motivar y fundar su queja señalando y demostrando los errores en que se ha incurrido o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (CNCiv. Sala A, 1998-02-24, Tolabac Bianchi, La Ley 1999-C-777, J.Agrup. caso 13.807). Al respecto, considero que los escritos de agravios presentados por la reclamante, el demandado y la citada en garantía satisfacen las exigencias del art. 265 del Código Procesal, pues cuestionan la valoración efectuada en la sentencia grado. Según el criterio de amplia flexibilidad, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, cabe estimar que la carga de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva (conf. CNCiv. Sala G, mayo 15-1981, La Ley 1983-B-764; CNCom. Sala C, set. 22-1978, La Ley 1978-D-674; CNCiv. Sala H, feb. 26-2003, R 355.525). Por las consideraciones expuestas he de proponer al acuerdo se desestime la deserción mutuamente perseguida, ello claro está sin perjuicio de poder señalar aquellos supuestos que, en su caso, no alcancen siquiera al mínimo de técnica exigido en la materia. Consecuencia de ello y con los alcances expuestos recibirán tratamiento los agravios expresados por las partes. Cuestiones de orden metodológico imponen valorar en primer término los agravios referidos a la forma en la que se adjudicó la responsabilidad en la anterior instancia, para luego, si correspondiera, avanzar sobre los referidos a las partidas indemnizatorias que formaron parte de la pretensión. A tal fin resulta

necesario en primer término señalar que en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción del siniestro en estudio, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez.

II.- Actuaciones penales. Como consecuencia de los hechos descriptos se ha labradola causa n° 14.353/08 caratulada: ?Castro, José R. s/ Homicidio Culposos? que tramitara por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 15 Secretaría n° 146, que para este acto tengo a la vista, en la que se sobreseyó al imputado haciendo expresa mención que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (cfr. art. 336 inc. 3° del CCPN). Dicha decisión no impide al juez interviniente analizar la totalidad de las pruebas aportadas para decidir en relación con los hechos debatidos en el proceso, siendo ello así pues la situación procesal descripta no configura el supuesto contenido en los arts. 1101 y 1103 del Código Civil.

Sobre el particular, la posición mayoritaria a la que adhiere este Tribunal entiende que resulta necesaria la sentencia dictada en el plenario, para encuadrar la cosa juzgada en los supuestos del art. 1103 del C.C., lo que no ocurre en la oportunidad (cfr. en tal sentido Alterini, Ameal, LopezCabana, Curso de Obligaciones, T I, p. 529; MossetIturraspe, Responsabilidad por daños, T I, p. 295; Trigo Represas, Félix, Compagnucci de Caso, Rubén, Responsabilidad Civil por accidente de automotores, T 2-b, p. 650; Verdaguer, Alejandro, El sobreseimiento definitivo fundado en la existencia del hecho punible hace cosa juzgada en los procesos civil y concursal ?, La Ley 1993-D-215). En efecto, para que la sentencia penal haga cosa juzgada en materia civil con relación a la existencia del hecho y la culpa del autor, debe ser ella -tal como lo exige el mencionado precepto- una sentencia de "condenación" (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 307, n° 2), condición que claramente no se configura en la oportunidad.

En su mérito, nada obsta a que se valoren los antecedentes del caso.

III.- La responsabilidad. Está acreditado que el día 1 de abril de 2008, siendo aproximadamente las 10.35 horas, se produjo un accidente de tránsito en la Avda. Brasil y Pichincha de esta Ciudad, falleciendo el hijo de la actora al ser embestido por un vehículo Renault MeganeScenic, dominio DGR 907 conducido en la oportunidad por el Sr. José Ramón Castro. En los supuestos en los que un peatón es atropellado en la vía pública por un automotor en movimiento, resulta aplicable la norma contenida en la segunda parte, segundo párrafo del art. 1113 Código Civil, pues ese vehículo constituye una cosa peligrosa o generadora del riesgo. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva en la órbita extracontractual (Cazeaux, Trigo Represas, Derecho de Obligaciones, T III, p. 443; Orgaz A. La Culpa, p. 176; Bustamante Alsina, J. Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 265, núm. 869).

Si el factor de atribución de responsabilidad proviene del vicio o riesgo de la cosa, la prueba liberatoria recaerá en la causalidad ajena al responsable. En el caso de responsabilidad objetiva, el dueño o guardián sólo se eximirá de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. art. 1113 del Código Civil) o el caso fortuito o fuerza mayor con entidad tal para fracturar el nexo causal entre el hecho y el daño (513 del Código Civil).

El primer sentenciante consideró que tanto la víctima como el conductor del Renault coadyuvaron en la producción del accidente. Tal determinación motivó el agravio de los apelantes quienes pretenden la revocación del decisorio en este aspecto.

En el caso, el demandado reconoció el contacto entre su vehículo y el cuerpo de la víctima pero señaló que la causa eficiente del daño la aportó el obrar imprudente de ésta al cruzar la avenida por un lugar prohibido y en estado de embriaguez. En tal inteligencia, toda vez que al demandado se le imputa un factor de atribución de responsabilidad objetivo deberá valorarse que incidencia tuvo la conducta de la víctima en la producción del siniestro.

En este aspecto, el hecho de la víctima como causa ajena se encuentra normado en el art. 1111 del Código Civil ?El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna?. Tal como sostiene Matilde Zavala de González, la problemática de la causalidad por las víctimas se plantea cuando alguien (o personas o cosas a su cargo) interviene materialmente en un suceso que daña a otro, pero esta intervención no es causal porque el menoscabo deriva del propio damnificado, quien habría obrado o se habría colocado en una situación apta para que sobreviniera el siniestro. El perjudicado es autor de su daño y debe soportarlo. A la inversa, no hay causalidad imputable a la víctima cuando interviene materialmente en el suceso que la lesiona, pero dicha participación no era idónea para generarle un daño, sino que deriva del hecho lesivamente adecuado de otra persona. En principio, no es la gravedad de la culpa de la víctima, sino la operatividad causal de su conducta, la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros.

Explica la autora que la culpa de la víctima por su daño, así sea factor inicial y necesario, no descarta el análisis causal posterior, para esclarecer si la causa que aquélla puso, tornaba objetivamente previsible el perjuicio final o bien otro menor o reducido, de manera que la cuota de agravación pueda imputarse a un diferente obrar. Debe determinarse sí, y en qué medida provocó ella la lesión, y no pierde el derecho a reclamar por la porción causal en que el daño no resultó de su propio hecho. (Matilde Zavala de González ?Resarcimiento de daños? T 4, p. 280 y 281 Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

Cuando se habla de ?causas concurrentes?, si media concausalidad de la víctima, el demandado responde sólo en la medida en que su hecho contribuyó causalmente al resultado, en la proporción restante el daño es soportado por el perjudicado. Se indaga la actitud de cada concausa para producir el resultado. (Matilde Zavala de González, ob. citada p. 283).

Probada la culpa de la víctima, no hay duda que la causa eximente de responsabilidad adquiere plena vigencia. De todas maneras, debe entenderse que basta que el hecho haya sido causa de la producción del daño, pues entonces el perjuicio no puede ser atribuido al demandado y por esa falta de autoría debe rechazarse la pretensión indemnizatoria (MossetIturraspe, Responsabilidad por daños, III, p. 63). Se trata en definitiva de ponderar autorías y desde ese ángulo el hecho de la víctima culpable, como no culpable, pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño (Pizarro, Ramón, en Derecho de daños, p. 264). A fin de valorar tal extremo serán considerados los medios de prueba que obran en la causa penal que se inició con motivo de este hecho y en este acto tengo a la vista. En cuanto a las características del lugar del accidente, surge de la actuación penal que la avenida Brasil tiene doble sentido de circulación este-oeste, con espacio para tres carriles por mano, poseyendo doble línea amarilla divisoria, encontrándose su carpeta asfáltica en buen estado de conservación, no observándose en el lugar del hecho huellas de frenado, como así tampoco senda peatonal y/o semáforos que habiliten el cruce peatonal. Resulta también de tal actuación que a metros del lugar donde yacía el occiso se encuentra un puente que es el ingreso peatonal obligatorio de pacientes, el cual comunica el Hospital Garrahan, sobre la acera contraria, dado que debajo de dicho puente, junto a la avda. Brasil, se encuentra una dársena para el ingreso de rodados al nosocomio y junto a la misma hay un asentamiento de indigentes (ver fs. 1 vta./2 de la causa penal). Surge también de la fojas dos de dicha causa que el Auxiliar de 6° Sebastián Martínez de la División Accidentología Vial Forense, al realizar la pericia de rigor señaló que trece metros atrás del rodado sobre el mismo carril de circulación observó un trozo de cristal del faro roto del vehículo pudiendo ser éste el lugar de impacto siendo que el cuerpo se encuentra caído a siete metros más adelante, en la vía contraria de circulación, delante de dicho cristal. Se acota que, según el croquis que luce a fs. 8, el Renault circulaba por el tercer carril (el más rápido) junto a la doble línea amarilla (cfr. igualmente fs. 86 y 109 de la causa penal). Lo reseñado se encuentra también corroborado con las placas fotostáticas obrantes a fs. 28/29, 72/76 y 9194 de la causa penal y con el dictamen pericial mecánico producido en estos obrados del que resulta no sólo la mecánica del hecho sino también la calidad de embistente del rodado y el lugar donde es impactado el peatón. Resulta también de fs. 99 de dicha causa que a la víctima se le detectó un elevado estado de alcoholismo (2,57 grs. por litro) al momento del infortunio. De ello colijo, que la víctima con un alto contenido de alcohol en sangre cruzó la avenida por un lugar que no estaba habilitado para hacerlo. Por otro lado, las huellas materiales existentes en el vehículo y el lugar de impacto permiten considerar que Ojeda no sólo habría alcanzado casi la mitad de la avenida sino también sobrepasado más de las tres cuartas partes de la trompa del rodado (cfr. fs. 93 causa penal). Adviértase que el impacto se localiza en la punta delantera izquierda del vehículo (lado del conductor). En suma, la víctima -con elevado grado de alcohol en sangre- en una actitud -cuanto menos- irreflexiva cruzó la avenida por un lugar que carece de paso peatonal y senda de cruce lo que inevitablemente contribuye en la causación del accidente. Ahora bien, tal juicio de reproche imputable a la víctima no libera de incidencia causal en el resultado dañoso a la actitud que desplegó el demandado en la emergencia. En tal sentido, resulta relevante lo expresamente consignado por él al efectuar la denuncia del siniestro ante su ente asegurador (cfr. fs. 149). En dicha oportunidad sostuvo: ¿Venía de hacer estudios en el instituto Rossi Loria 117 con destino a mi domicilio circulaba por Pichincha, giro en Brasil a la izquierda donde se encuentra móvil policial, dado que éstos no me paran continuo mi marcha hacia la avenida Entre Rios. A la altura de la entrada vehicular del hospital siento un impacto en el capot y palabrisas detengo mi marcha y al descender del vehículo observo un cuerpo a cinco metros aproximadamente...?. Lo expuesto no es menor en la medida que de sus propios dichos resulta no haber visto a la víctima sino hasta después de haberla atropellado, lo que se compadece con la inexistencia de huellas de frenado en la capa asfáltica aludida en los peritajes. En tal contexto, y más allá de la velocidad de circulación a la que el conductor hubiere podido desplazarse, lo cierto es que sea por distracción, negligencia o por algún otro factor o motivo no traído a conocimiento en el expediente, el demandado no obró con el cuidado y la diligencia necesaria que le hubiere permitido percibir al peatón evitando atropellarlo, ya sea, deteniéndose, o bien, realizando alguna maniobra elusiva satisfactoria. Tengo en consideración también, que la avenida cuenta con buenas dimensiones y visibilidades recíprocas respecto de los distintos sentidos de tránsito por lo cual comparto lo señalado por el experto a fs. 263, máxime cuando las observaciones formuladas al dictamen pericial mecánico de oficio producido en modo alguno cuentan con virtualidad para enervarlo (cfr. art. 386 y 477 del CPCC). Por los motivos expuestos, si bien comparto el decisorio de grado en cuanto a que la víctima y el conductor del rodado contribuyeron en la causación del daño, no así en la proporción de responsabilidad la que considero debe ser adjudicada en mayor medida al demandado por no haber conducido, cuanto menos, prudentemente lo que le hubiere permitido ver u observar con suficiente antelación a quien, si bien cruzó por un lugar no habilitado, ya había alcanzado casi la mitad de la avenida y sobrepasado prácticamente la totalidad frontal de su vehículo. En consecuencia, en caso de resultar compartido este voto por mi colega de grado, propongo al acuerdo confirmar la concurrencia de culpa estableciendo como porcentajes de responsabilidad de los partícipes un 70% al conductor del rodado y un 30% a la víctima. Seguidamente, corresponde tratar las partidas indemnizatorias que formaron parte de la pretensión de la actora. IV.- La indemnización. a) Valor vida.- En la instancia de grado se reconoció el rubro en \$30.000. La parte

actora entiende reducido el monto mientras que la demandada y citada en garantía objetaron su procedencia y monto sin vertir crítica concreta alguna sobre el particular. El art. 1084 del Código Civil prescribe que en caso de homicidio debe indemnizarse lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto. Este precepto junto con la normativa del art. 1085 del Código Civil, infieren, salvo prueba en contrario, que por el fallecimiento de la víctima, las personas allí enunciadas sufren como perjuicio la privación de lo requerido para subsistir. En cuanto a la determinación del quantum por este concepto, el art. 1084 del Código Civil deja a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla, lo que exige meritar atentamente la función que ella cumple y las circunstancias particulares del caso. Por lo expuesto, valorando las particulares circunstancias del caso y las personales de la víctima, quien contaba a la fecha del hecho con 46 años de edad; siendo de estado civil soltero; ser -según su hermano- una persona sana y estar en situación de calle (cfr. fs. 19 y vta. causa penal), propongo al acuerdo rechazar el agravio del demandado y la citada en garantía (cfr. art. 265 del CPCC) y elevar el monto reconocido en la partida a la suma de \$ 175.000, tomando en cuenta lo normado por el art. 165, 3° párrafo del CPCC y la proporción de responsabilidad que le cupo a la víctima.

b) Daño y Tratamiento psicológico. En la instancia de grado se reconoció a favor de la actora la suma de \$100.000, en concepto de daño psicológico, rechazándose su tratamiento en la inteligencia que la incapacidad es permanente. La actora requiere incrementarse el primero y establezca el segundo. Por su parte la demandada y citada en garantía se limita a objetar el rubro y su cuantía. El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental o transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. No debe por demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas (conf. Matilde Zavala de González, ¿Resarcimiento de daños?, T° 2, p. 187 y sgtes). El dictamen psicológico obrante a fs. 251/258 la experta refiere que la actora en la actualidad cuenta con depresión reactiva, con signos de negación maníaca e ideas obsesivas. Expone que hay posibilidad de que caiga en un pozo depresivo aún mayor y/o aparición de enfermedad física de tipo circulatorio. Dictamina también que el duelo por la muerte de su hijo no ha sido aún elaborado y que existe relación causal entre las alteraciones que presenta y el evento dañoso. En él sostiene asimismo que la depresión neurótica o reactiva en grado severo y/o involutivo incapacita a la actora en el orden del 40% de la TO. Sin perjuicio de ello, la perito recomienda la realización de un tratamiento psicológico de tipo individual durante 3 años, con una frecuencia de 1 vez por semana. Estimó el costo por sesión en \$ 80 /100, y el costo total del tratamiento en una suma que oscila entre \$ 12.700 y \$ 15.900. Si bien sus conclusiones fueron objeto de impugnación, dichas observaciones fueron replicadas a fs. 288/290 por la experta. En tal inteligencia, toda vez que la impugnante omitió el asesoramiento de su consultor técnico a los fines de rebatir las conclusiones del perito; en el entendimiento de que tal omisión jugó en desmedro de su pretensión y ante la ausencia de otros elementos probatorios que logren restarle eficacia probatoria en el sentido pretendido, las conclusiones incorporadas en el informe que encuentran sustento en fundamentos técnicos de la incumbencia del experto, han logrado plena eficacia probatoria. Es que la mera opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre las conclusiones del experto, en especial, si se advierte que no hay argumentos verdaderos para demostrar que aquéllas fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, de ahí su importancia en algunos rubros. Su opinión es el fruto del examen objetivo de las circunstancias de hecho, de aplicación de ellas a los principios científicos inherentes a la especialidad y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen (conf. CNCiv, Sala D, 26/12/97 Grillo Antonia N. c/ Orselli Jorge y otro s/ daños y perjuicios Recurso n° 254.811). En consecuencia, valorando el dictamen pericial conforme el principio de la sana crítica (art. 386 y art. 477 del Código Procesal) las circunstancias del caso y las particulares de la reclamante, viuda de 83 años de edad a la fecha, propongo al acuerdo rechazar el agravio del demandado y su ente asegurador (cfr. art. 265 del CPCC) y hacer lugar al de la actora, incrementando la partida a su favor a \$ 245.000 (cfr. art. 165, 3° párrafo del CPCC) monto comprensivo del tratamiento psicológico y que contempla la proporción de responsabilidad que le cupo a la víctima.

c) Daño moral. En la instancia de grado se reconoció la suma de \$ 50.000. La actora persigue su incremento y la demandada y citada en garantía objetan su procedencia y quantum. El daño moral constituye lesión a intereses morales tutelados por la ley, y si bien resulta difícil valorar tal menoscabo, ello no significa que el dolor y las aflicciones no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, aun cuando no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso. (conf. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, 2 parte, vol.II, pág. 72; Von Thur, Tratado de las Obligaciones, T I, p. 99, núm.15; Salvat- Galli, Obligaciones en General, T I, p. 215, núm.187; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, p. 371; Busso, Código Civil Anotado, T III, p. 414; Orgaz, El daño resarcible, p. 230, núm.57; Colombo, En torno de la indemnización del daño moral, La Ley 109-1173; Brebbia, El resarcimiento del daño moral después de la

reforma, E.D. 58-230; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, núm.509; MossetIturraspe, Reparación del daño moral, J.A. 20-1973-295; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, p. 321 y ss.). Es que lo indemnizable es el daño, la determinación del quantum tiene que guardar razonable proporción con la entidad del agravio. Pero como la reparación no se hace en abstracto, sino concretamente en cada caso, es justo que la reparación del daño moral esté en relación con la magnitud del perjuicio, del dolor o afección cuyo menoscabo, lesión o ataque se repara. En cuanto al daño moral por la muerte de un hijo, cabe decir que se produce in re ipsa la afectación profunda de los íntimos sentimientos, quedando demostrado el daño moral por el sólo hecho de la acción antijurídica. De manera que dada la estrechez del vínculo biológico y espiritual que une al progenitor con su hijo cabe reconocer este daño. Por lo demás en el caso de autos surge del informe pericial producido que la actora sufre una incapacidad psíquica del 40% de la TO. Si bien, como he sostenido en varios precedentes, el daño moral no tiene vinculación con el daño material, esto es, no puede fijarse en consideración de su cuantía, pues no es complementario, ni accesorio de éste, ello no implica que para determinar el daño moral no se haga mérito del dolor, los padecimientos, la angustia, el menoscabo, la inquietud espiritual, las molestias producidas y sus secuelas. Tanto es así, que la lesión psíquica acreditada en autos permite también presumir el daño moral, sin que corresponda exigir prueba directa del mismo. Como sostiene Brebbia, siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importará al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral (Autor citado, El daño moral, p. 85 y ss.). Además se contempla el daño moral con sentido resarcitorio, y por otra parte se lo considera en su más amplia dimensión conceptual, razón por la cual sus límites no se fijan en el tradicional *pretiumdoloris* sino que se extienden a todas las posibilidades -frustradas a raíz de la lesión- que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Bueres, El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en Derecho de daños, Homenaje al Profesor Jorge MossetIturraspe, p. 176). Por las consideraciones expuestas, valorando las circunstancias traumáticas que rodearon el hecho, la angustia y padecimiento que representó la pérdida del hijo para su progenitor propongo al acuerdo rechazar el agravio expresado por el demandado y su ente asegurador (cfr. art. 265 del CPCC) y hacer lugar al agravio de la actora, incrementando la partida a su favor a la suma de \$150.000, tomando en cuenta lo normado por el art. 165, 3º párrafo del CPCC y la proporción de responsabilidad que le cupo a la víctima.

d) Actualización monetaria. Tratándose el resarcimiento de los daños y perjuicios proveniente de un hecho ilícito de una deuda de valor, la jurisprudencia está conteste en que la valuación del daño causado debe hacerse a la fecha de la sentencia que determina el monto de esa indemnización. Es el caso de autos, por lo que esos montos se encuentran actualizados a la fecha de la sentencia. Por ello, la petición efectuada con relación a la actualización monetaria no puede prosperar. En este aspecto, cabe recordar que el art. 4 de la ley 25.561 ratifica la prohibición de actualización monetaria, reafirmando el principio nominalista establecido por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. respecto. Ello así he de proponer al acuerdo rechazar los agravios expresados al

e) La tasa de interés. En la instancia de grado se estableció la aplicación de la tasa activa de interés desde la fecha del hecho hasta la del efectivo pago. Tal determinación motivó el agravio de la demandada y citada en garantía, quienes solicitan que se aplique la tasa del 6% anual desde el hecho hasta la fecha de la sentencia y desde allí la tasa activa. Entiendo que no les asiste razón. Ello, por cuanto en la doctrina del plenario *Samudio* se ha determinado sin diferenciación alguna, que la tasa activa se aplica desde la mora: *¿La tasa de interés fijada (tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina) debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia?.* En definitiva, dicha tasa resulta aplicable desde el perjuicio, pues es desde allí que se configura la mora. Respecto del punto de inicio del cálculo de los intereses a la tasa activa, esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo es igual al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho- que resulta computable (conf.. Expediente. N° 105.697/02, *Boncor, Claudio c/ Celucci, Héctor s/ daños y perjuicios*?, del 10/02/2010, con voto preopinante de la Dra. Silvia A. Díaz). Sostuvimos que lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación (conf. art. 1083 Código Civil). Debemos recordar que se trata de la reparación integral a la víctima y esa integralidad también está compuesta por el precio no entregado al momento de la mora, que no puede ser otro que el del hecho, pues de allí nace la obligación, no con la sentencia. En definitiva, en la sentencia se liquida la cuantía que de ningún modo resulta temporalmente coincidente con la exigibilidad de la obligación resarcitoria. Por ello, el actor se vio privado de tener una suma de dinero a la fecha del siniestro a título de reparación que desde tal oportunidad le era debida. Lo que en definitiva dice la sentencia es que alguien debe desde que contrajo la deuda y ello se remonta al hecho, no a la decisión, ya que lo que se juzga es el ilícito pasado. Así, se es deudor desde el inicio de la obligación, contractual o no. Expresa Llabrás que lo que importa es la certeza de la obligación, es decir, el conocimiento que tenga el deudor o deba tener de la existencia y legitimidad de la obligación (*¿Tratado de*

Derecho Civil, Obligaciones, Tº II, pág. 221). Por eso, que una deuda sea ilíquida no impide que se aplique la mora y, en su consecuencia, los intereses. No hay duda que todos los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido. Porque el perjuicio se ha producido desde el hecho y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C.Civil). Por último, debe recordarse que tratándose el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes de un hecho ilícito de una deuda de valor, la valuación del daño causado debe hacerse a la fecha de la sentencia que determina el monto de esa indemnización, sin que haya existido "indexación" o "actualización" por índice de depreciación monetaria desde que el art. 4 de la ley 25.561 ratifica la prohibición de actualización monetaria, reafirmando el principio establecido por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. "Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar el cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Procesal) a la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamientos (conf. nuestro voto en el plenario "Samudio"). En este sentido se ha dicho, entre los fundamentos que en el fuero laboral se dieron para la aplicación de la tasa activa a los créditos devenidos en dichos procesos: "Que, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, pacíficamente empleada por los tribunales hasta el inicio del período en que se aplicara la indexación, es la más apropiada para su aplicación a los créditos judiciales, ya que equivale, al menos aproximadamente, al costo que el acreedor impago debería afrontar para obtener, en el momento del vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que pone en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento de aquel costo, sea este real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito" (Acta del Plenario CNAT 2357, aplicable a procesos sometidos a conocimiento del fuero a partir del 1-1-2002). En definitiva, de establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos "Fragoso c/ Construed S.A. s/ daños y perjuicios" (22/04/03) "...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita en el art 18 de la Constitución Nacional". Por los fundamentos vertidos, corresponde rechazar el agravio en este aspecto. Respecto del enriquecimiento indebido invocado por la demandada, cabe destacar que los integrantes de esta Sala ya nos hemos pronunciado en nuestro voto en el plenario respectivo en forma diversa al contenido del fallo citado. En efecto, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Verón y Pérez Pardo, sostuvimos en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido? "En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices". "A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor ". "De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual". "El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están

prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?. Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?. Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?. Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?. El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico. Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?. No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. Por los fundamentos expuestos, también se rechaza lo peticionado por el demandado y la citada en garantía en este aspecto. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mi colega de Sala propongo al acuerdo modificar la sentencia en el sentido de: 1) Adjudicar la responsabilidad por el hecho en un 70% al demandado y en un 30% a la víctima; 2) Elevar las partidas indemnizatorias en concepto de valor vida a la suma de \$ 175.000; daño moral a la suma de \$ 150.000; daño síquico y tratamiento a la suma de \$ 245.000; 3) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; 4) Imponer las costas de Alzada a la parte demandada y citada en garantía (art. 68 del Código Procesal). El Dr. Ameal por las razones y consideraciones aducidas por la Dra. Hernández vota en el mismo sentido a la cuestión propuesta. /nos Aires, de marzo de 2017. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide 1) Adjudicar la responsabilidad por el hecho en un 70% al demandado y en un 30% a la víctima; 2) Elevar las partidas indemnizatorias en concepto de valor vida a la suma de \$ 175.000; daño moral a la suma de \$ 150.000; daño síquico y tratamiento a la suma de \$ 245.000; 3) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; 4) Imponer las costas de Alzada a la parte demandada y citada en garantía (art. 68 del Código Procesal). Se difiere la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos liquidación definitiva. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese y regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. FDO. LIDIA B. HERNÁNDEZ- OSCAR J. AMEAL- JAVIER SANTAMARIA (SEC.). Es copia. La Dra. Silvia Díaz no firma por encontrarse en uso de licencia. Fecha de firma: 10/03/2017 Firmado por: JUECES DE CAMARA, Firmado por: OSCAR JOSE AMEAL, JUEZ DE CAMARA Firmado por: LIDIA BEATRIZ HERNANDEZ, JUEZ DE CAMARA 015639E