

Peaton Embestido Culpa Concurrente Exceso De Velocidad

JURISPRUDENCIA

Peatón embestido. Culpa concurrente. Exceso de velocidad

Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios derivados del accidente que sufriera el actor al ser embestido por un automóvil.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de agosto de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala ?G? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: ?N. P. C/ S.I J. A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRAN. C/ LES. O MUERTE)?, respecto de la sentencia de fs. 975/986vta. el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado oportunamente el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: MARÍA ISABEL BENAVENTE - CARLOS ALFREDO BELLUCCI - CARLOS A. CARRANZA CASARES.- A la cuestión planteada la Señora Jueza de Cámara Doctora Benavente dijo: I.- Según se desprende de la pieza de fs. 1 de la causa penal (N° 26.046), el 3 de octubre de 2009, alrededor de la hora 4, mientras recorría el radio jurisdiccional, el Ayudante S. M. fue desplazado por comando radioeléctrico a la intersección de la Av. C. con la calle A., en razón del accidente que protagonizaron las partes. Al arribar al lugar observó que en el carril rápido de la mencionada avenida -en dirección al centro de la ciudad- se encontraba tendida una persona del sexo masculino, en posición decúbito ventral, con su cabeza orientada hacia el boulevard. Tenía sus extremidades superiores semiflexionadas, en estado de inconsciencia y presentaba varias lesiones. La víctima fue identificada como P. N. -por ese entonces de dieciocho años de edad- quien fue trasladado de inmediato -con intervención del SAME- al Hospital P.. Según se desprende del acta que da inicio a la instrucción, no se solicitó la presencia de la División Ingeniería Vial y Forense porque el automóvil había sido removido. Se dejó constancia, en cambio, que la Avenida C. posee cuatro carriles de circulación en sentido Sur y otros tantos en sentido Norte. También se asentó que en el lugar no se encontraron huellas de frenado ni otros elementos de prueba significativos. Según el agente policial, tampoco se identificaron testigos presenciales. Frente a la insuficiencia de la actuación policial referenciada, en la causa criminal se citó a varios testigos y se produjo prueba pericial. Incluso N. ofreció dos consultores técnicos que, con los escasos elementos objetivos acopiados, trataron de reconstruir -sin mayor éxito- la secuencia del infortunio. Algo similar sucedió en estos obrados, en los que se reprodujeron las declaraciones de los amigos del damnificado que habían declarado anteriormente en el expediente penal y se designó de oficio un nuevo ingeniero, a quien se encomendó responder un cuestionario similar que había sido sometido a consideración de los otros dos peritos que intervinieron a fs. 478/480 y fs. 529/534 de la instrucción. De las declaraciones de los testigos ofrecidos por la víctima en ambos expedientes se desprende que la noche en que tuvo lugar el accidente, N. junto con varios amigos decidieron ir a bailar a un boliche ubicado en Av. C., entre D. y A.s. Al parecer, fueron en distintos remises desde Zona Norte hacia Capital. El actor, junto con dos de ellos - S.I G. y E.- viajaban juntos. El automóvil que los trasladaba se detuvo a unos metros de la esquina anterior -D.- y dos de los pasajeros bajaron y cruzaron la avenida, según sus dichos ?tranquilos?, esto es, sin interferencia de automóviles. P. N. quedó más atrás para pagar el viaje y luego se puso a hablar por teléfono, según dijo S. G., al lado del semáforo (ver fs. 416 y vta.). Al llegar a la otra mano de C., este último y E. afirmaron que escucharon un golpe fuerte. Al darse vuelta advirtieron que P. había sido embestido por un auto y se encontraba tendido sobre la avenida, cerca del boulevard que separa las dos manos, aunque próximo a la intersección de aquella vía y la calle Arias. En ese momento, arribó al lugar el otro remisse que transportaba a los restantes amigos. Según explicaron estos últimos, pudieron ver desde el interior de aquél el momento en que el cuerpo de N. rodó por encima del capot del C. y cayó al pavimento cerca del boulevard. S. (fs. 436/7) dijo que L. había llamado su atención diciéndole: ?mirá ese choque?. Fue entonces que, según el declarante, al girar la cabeza pudo ver un auto que zigzagueaba, se iba hacia el lado derecho para luego frenar pasando la calle A. (ver fs. 436/437). El acompañante -L.-, que también fue citado, sostuvo una versión similar (ver fs. 425/426). El demandado viajaba en su automóvil con C., quien a fs. 466/467 explicó que junto con Soldi se dirigían al cumpleaños de un amigo. Circulaban por M. y al pasar P. S. -pocos metros más adelante- vieron aparecer un bulto a mitad de cuadra. Pese a los intentos de frenar que realizó el demandado no pudo evitar el embestimiento y atropelló a la persona con el guardabarros derecho. Esta se estrelló contra el parabrisas. Entonces, el conductor detuvo su automóvil en la esquina y bajó a auxiliar al herido. En ese momento aparecieron los amigos de éste y comenzaron a golpearlo, hasta que llegó la policía y pudo separarlos. A fs. 129/130 obra la declaración de M. D.G., que se desempeñaba como personal de seguridad del local bailable denominado ?D.?, ubicado en Av. C. 4660, al cual se dirigía el grupo de jóvenes entre quienes estaba la víctima. Si bien no recordó con precisión el día, manifestó que en el mes de septiembre u octubre del año anterior, entre las 4 y 4.30 hs., se encontraba parado en la puerta del establecimiento mencionado. En frente suyo, un grupo de

personas pretendía ingresar al local y, para ignorarlos, miró hacia ambos costados de la avenida. De pronto, escuchó un fuerte impacto y observó que sobre el capot de un auto Clío iba un joven que estaba ¿como abrazado? a éste. Cuando lo vio, estaban a mitad de cuadra y el auto ¿se dejó ir? parando luego de cruzar la esquina de A.. Recordó que antes de ello, el damnificado con los otros jóvenes, habían estado en la puerta de D. tratando de ingresar, aunque no los dejó porque se encontraban en estado de ebriedad. Aclaró que vio al joven cruzar la avenida, justo frente a la puerta del local, es decir, a mitad de cuadra y en ese momento escuchó el impacto. La declaración de G. fue determinante para que el Fiscal que intervino en la instrucción solicitara el archivo de la causa (ver fs. 535), a lo cual accedió la Sra. Juez interviniente a fs. 538/542. La cámara confirmó tal decisión (fs.559). N. promovió esta acción civil en la que se reprodujeron prácticamente los elementos acreditados en sede penal para intentar -una vez más- probar el hecho y los daños sufridos por su parte. La sentencia de fs. 975/986 rechazó la demanda en todas sus partes e impuso las costas al actor vencido quien, obviamente, apeló la decisión. Los agravios corren a fs. 1040/1058 y su contestación a fs. 1072/1086. II.- Como bien señaló la Sra. Juez de grado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1103 de la ley sustantiva, es menester analizar "in totum" los elementos de juicio incorporados a la causa para determinar si existe obligación de responder civilmente por los daños que la víctima dice padecidos. Ello es así por cuanto la absolución (o el sobreseimiento) sólo tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio civil cuando estuvieran basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado y, además, porque la responsabilidad penal y la civil no se confunden por cuanto se aprecian con criterio distinto, de manera que puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera (CNCiv., en pleno, ¿Amoruso, Gerardo c/ Casella, José L.?, del 2 de abril de 1946; L.L. 42, pág. 156; Bustamante Alsina, ¿Teoría General de la Responsabilidad Civil?, pág. 576; Cazeaux-Trigo Represas, ¿Derecho de las Obligaciones?, 3º edición, tº1 V, pág. 906). Cuando, como en el caso, se trata de un accidente de tránsito en el que es herido un peatón el problema debe juzgarse a la luz de la teoría del riesgo creado que fue introducido en nuestro ordenamiento civil por conducto del art. 1113, 2º párr. "in fine" de la ley sustantiva (conf. Galdós, Jorge, "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad", La Ley, 1994-B-277 y sus citas; Sagarna Fernando A. "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente de responsabilidad civil por el riesgo creado", La Ley, 1994-E-376 y sus citas). El factor de imputación precedentemente mencionado -de naturaleza objetiva- halla su fundamento en la solidaridad social, en la equidad y en la justicia distributiva (conf. Trigo Represas-López Mesa, ¿Tratado de la responsabilidad civil?, cit., tº I, pág. 783 ss.) y responde a la idea según la cual el sujeto que introduce en la sociedad un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente (Pizarro, Ramón D., en Bueres- Highton, Código Civil..., tº 3 A, pág. 498 ss.), principios éstos que son de aplicación a los accidentes de la circulación automotriz en general (conf. Galdós, op.cit. La Ley, 1994-B-276; ver "in extenso" Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. II-B, p. 38; aut. cit. "Responsabilidad del conductor en los accidentes de tránsito (Cruce indebido de la calzada)", JA, 27-C-1975, 49 y "Estudios sobre responsabilidad por daños", t. I, p. 238 y 269; aut. cit. "Las eximentes en los accidentes de automotores" en "Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores" (obra colectiva), p. 197; Ghersi Carlos A., "Accidentes de tránsito", págs. 30, 36, 39; SC Buenos Aires, Ac. 34081, 23/7/85, "Pérez Paula c/Transportes Atlántico", A. y S. 1985-II-204; Ac. 38271, 26-11-87, "Pachelo Luis Domingo c. Provenzano José O. y Empresa de Transportes Acordino Hnos.", DJJ. 135-122). El art. 1113, antes citado establece, en su segundo párrafo, la presunción de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa generadora de daño que, si bien es iuris tantum, debe ser destruida por prueba aportada, no por el damnificado, sino por aquél sobre quien recae, es decir, el conductor del automóvil, quien se encuentra precisado a demostrar fehacientemente alguna de las eximentes que contempla la citada disposición legal, dado que, incluso un estado de duda, es insuficiente a los fines indicados (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", t. 5 p. 393 ap. f y fallos citados en notas 33 a 35, entre muchas otros). Por aplicación de este principio, queda a cargo del demandado la demostración de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe civilmente responder o la configuración del casus genérico, que tengan entidad para fracturar -total o parcialmente- el nexo causal (conf. CNCiv., sala F en LA LEY, 1977-A, 556 núm. 34.007-S; CNCiv., sala E, del 30/12/2003, ¿Diffalci, María del Carmen c. Barrionuevo, Arturo C. y otros?; ídem, sala I, del 02/12/2003, ¿Poncini, Jorge Alberto y otros c. Bergamini, Carlos y otros?; ídem, Sala F, del 12/11/2003, ¿Gauna, María L. c. Castro, Carlos A. y otro?, en rev. LA LEY 08/06/2004, pág. 7). En la especie, los demandados y su seguro invocaron como causal de liberación de responsabilidad la culpa del actor que, como señalé anteriormente, fue considerada probada en la sentencia recurrida. Al respecto, llama la atención que se le hubiera dado superlativa importancia a la declaración del testigo G., cuyos dichos no encuentran correlato objetivo en las restantes pruebas producidas. Según esta persona, una vez ocurrido el siniestro reconoció a la víctima como parte de un grupo que pretendió ingresar al local y a quienes denegó la entrada por hallarse ebrios. Para esta versión, el embestimiento de N. no habría tenido lugar al momento de arribar por primera vez al boliche, sino que se encontraría en las inmediaciones. La otra posibilidad que se desprende de la declaración es que los jóvenes -entre ellos, el actor- se hubieran alejado de la zona y que reintentarán volver en dos remises para ver si tenían mejor suerte. Cualquiera de esas alternativas tropieza con las categóricas afirmaciones de los testigos C., B., L., S., E.i y

S. G., en cuanto invariablemente proporcionaron un relato distinto, del que surge que arribaron al lugar luego de haber deliberado en la casa de uno de ellos, qué programa iban a realizar. Ninguno dio a entender -ni surge siquiera entre líneas de sus declaraciones- que hubieran estado en el lugar, parados en la puerta, con anterioridad al infortunio. Sus dichos, en este punto parecen sinceros pues, salvo en algunos aspectos secundarios, fueron congruentes entre sí (art. 456 CPCCN). No obstante, es significativo que ninguno de los citados a declarar a propuesta del actor hubiera proporcionado datos de importancia para reconstruir los hechos pues, salvo C. -que acompañaba a S. en el Clío- no pudieron dar cuenta del estado del semáforo ni del lugar por el que cruzó la víctima. La única precisión relevante fue la que el propio damnificado suministró al declarar en sede represiva. Así, a fs. 145 de la causa penal, N. manifestó que "en la madrugada del sábado 3 de octubre... el dicente junto con un grupo de amigos venían en un remise, desde provincia a capital, para concurrir al boliche denominado "D.", sito en la Avda. C.o entre D.y A.. Cuando pasan la calle Deheza, y antes de llegar a la mitad de la cuadra, el remise se detiene para que bajen. Que sus amigos se dirigen al boliche y el dicente se queda pagando. Que como el chofer demora en darle el vuelto, cuando el dicente bajó sus amigos ya no estaban, él mira para cruzar y como no vio que viniera ningún vehículo comenzó el cruce. Cuando se encontraba por llegar al medio de la avenida, es decir antes de llegar al boulevard, o sea en el carril rápido, vio encima suyo un vehículo que no le permitió retirarse del lugar, solamente pudo "acomodarse" para que el impacto fuera menor...". Vale decir, el propio damnificado admitió que cruzó por la mitad de la cuadra y a pesar de tratarse de una vía semaforizada, no miró la señal sino que solamente habría tratado de registrar si venía o no algún automóvil cerca, descontando -de esta forma- la posibilidad de tener interdicto el paso por la súbita aparición de algún vehículo. Esta inferencia se deduce sin dificultad del silencio de todos los declarantes y aún de la propia víctima, que ni siquiera hicieron mención al estado del semáforo y no endilgaron al demandado -al menos con convicción y de modo categórico- semejante falta reglamentaria. Antes bien, a diferencia de los testigos que acompañaban a la víctima, C. - que viajaba con S.- expresamente señaló que el semáforo ubicado en la intersección de C. y D. estaba en verde para el vehículo (ver fs. 466/7, siempre de la causa penal). No obstante haberse realizado distintos peritajes tanto en sede penal -con participación de consultores técnicos ofrecidos por N.- como en estos autos, no fue posible relevar datos de verdadero interés para el esclarecimiento de los hechos. Las actuaciones penales tienen un evidente defecto de origen, pues el agente que intervino en un comienzo consideró innecesario convocar a la División de Ingeniería Vial y Forense con sustento en que el vehículo había sido removido. Sólo dejó constancia del buen estado de conservación y de uso de ambas cintas asfálticas como así también que no se observaron huellas de frenado o algún otro elemento de prueba en el lugar. Es muy probable que de haber comparecido el cuerpo pericial especializado se hubiera podido contar con más y mejores elementos de juicio para decidir la suerte del presente caso. En efecto, existe una notoria ausencia de datos vertebrales como -v.gr.- el lugar del embestimiento y del estado del semáforo. Ninguno de los testigos supo explicarlo. Es comprensible, por otra parte, que en un momento tan impactante como el sucedido, los compañeros de N. se ocuparan de asistirlo en lugar de buscar elementos de prueba para un futuro proceso judicial. Pero no es lógico que ninguno de ellos, como así tampoco las partes, el fiscal y el magistrado interviniente, no pudieran precisar, cuanto menos, el lugar aproximado del choque. Es significativo también que los jóvenes que acompañaban al actor no se dieran vuelta inmediatamente después de escuchar el golpe, sino que lo hicieran una vez que aquél estaba inconsciente en el piso, luego de desplazarse en el capot durante unos metros, es decir, un lapso -aunque breve- posterior al choque. Es curioso que ni S. G. ni E.i hubieran visto el impacto ni la trayectoria del rodado. En cambio, los compañeros que viajaban en el otro remise manifestaron haber tenido una visión más amplia desde el interior de éste, a tal punto que observaron el choque como así también el momento en que el cuerpo se deslizaba sobre el capot. También notaron que el Clío llevaba una velocidad excesiva (ver declaración de L., fs. 425/6 de la causa penal). Existen dos posibilidades. Por un lado, que S.G. y E.i no tengan buenos reflejos como para darse vuelta inmediatamente después de haber escuchado el ruido fuerte al que se refieren. Si hubieran reaccionado al estímulo del golpe habrían observado el trayecto post impacto con mayor precisión por encontrarse más cerca que los otros jóvenes que dijeron haberlo visto. La otra alternativa es que trataron de ser condescendientes con la víctima al omitir algunos detalles relevantes que hubieran podido comprometer su posición en el proceso. No es verosímil que tras semejante accidente, los testigos mencionados no hubieran advertido la casi cinematográfica escena. De cualquier modo, lo cierto es que tanto el testigo que era transportado por S. como los amigos de la víctima -e incluso G.- dieron cuenta de que el C. -que circulaba por el carril rápido- agarró a N. con el guardabarros derecho y éste se estrelló contra el parabrisas, no obstante lo cual el automóvil continuó su marcha para detenerse en la próxima esquina. Durante ese trayecto, el peatón fue desplazado también sobre el capot del vehículo (ver declaración de G., fs. 128/9). Sobre la velocidad del rodado tampoco existen mayores precisiones. G. dijo que "creía" que Soldi no venía muy rápido, aspecto que fue controvertido por alguno de los compañeros de la víctima (ver declaración de L., fs. 425 ss.). A fs. 478/480 de la causa penal, el ingeniero allí designado -R. H. G.- destacó la insuficiencia de datos objetivos de valor pericial para determinar de manera científica la velocidad del Clío, pero de todos modos infirió que éste circulaba a una velocidad superior a 60 km/h, que es la permitida en las avenidas por la reglamentación de tránsito. Para concluir de ese modo se

basó en las fotografías agregadas al expediente en que se investigó la comisión del delito, en especial la que se encuentra glosada a fs. 34, y señaló que el impacto que se habría producido -denominado ?vuelta de techo?- generalmente tiene lugar cuando el vehículo supera determinada velocidad. Menos arriesgada fue la respuesta del A.A., que trabaja en la División de Accidentología de la Dirección de la Policía Científica, quien solamente hizo referencia a la ausencia de elementos que permitieran realizar una afirmación científica y objetiva (fs. 528/534). En cambio, los consultores técnicos del damnificado - F. C. y G. (fs. 481/484 y 492/4 de la causa penal, cuyo informe fue reiterado a fs. 245/248 de este expediente) - estimaron la velocidad del rodado en 60 km/h el primero y en la franja de 82 a 117 km/h el segundo. La prueba técnica producida en estos autos por el Ing. S. -designado perito de oficio- coincide en términos generales -aunque con algunas variaciones- con esta última postura, pues sobre la base de las dos hipótesis que elabora concluyó que la velocidad que llevaba el vehículo embestidor sería en cualquier caso superior a 60 km/h. (conf.fs.148/150), que es la admitida en avenidas. Señalé anteriormente que el caso quedaba gobernado por las normas de la responsabilidad objetiva y, en consecuencia, producido el contacto de la persona o sus bienes con las cosas productoras de riesgo, incumbe a la parte demandada la prueba de la fractura total o parcial del nexo causal. Frente al panorama probatorio anteriormente descrito, pienso que se configura concurrencia entre la culpa de la víctima y el riesgo creado por la circulación automotriz. Por un lado, no es dudoso que la Avda. C. es una de las que mayor afluencia de tránsito tiene en esta ciudad. La intersección en que ocurrió el siniestro cuenta con semáforos y se comprobó que el día del accidente éstos funcionaban normalmente. Los dichos de C. y G. en cuanto a que la referida señal favorecía al conductor del Clío no han sido desvirtuadas por ningún elemento objetivo, más allá de la ?tranquilidad? o quietud circunstancial del tránsito que advirtieron los testigos que -según explicaron- cruzaron sin inconvenientes, aunque ?de golpe? notaron que, tras el impacto, habrían comenzado a circular otros vehículos. De todos modos, aun probado que el Clío tenía el paso expedito, no puede ignorarse que la velocidad que llevaba era superior a la permitida en avenidas, pues de otro modo hubiera podido detener su automóvil a tiempo en lugar de continuar la trayectoria hasta la otra esquina. Repárese que según los dichos de C., al aproximarse a la intersección de C. y D. advirtieron la presencia de un ?bulto?, es decir, un obstáculo, que llevó al declarante a pensar que era una persona. Si lo vio el acompañante, no pudo ocultársele a Soldi que debió manejar atento a las contingencias del tránsito. De allí, en lugar de tomar la precaución de evitarlo, continuó su derrotero que lo condujo hasta la siguiente intersección. Ello revela no sólo que la velocidad era elevada, sino que tampoco tenía el dominio absoluto del rodado, pues de otro modo podría haber disminuido la marcha para realizar una adecuada maniobra de esquivar, que no se probó en el caso. Advierto que en sede penal, Soldi se negó a la extracción de sangre dispuesta en la instrucción (ver fs. 19), dato éste que, además de revelar falta de colaboración para el esclarecimiento de los hechos, tal vez hubiera podido explicar su falta de reflejos. Se ha sostenido, con criterio que comparto, que la observancia de los reglamentos que regulan el tránsito le corresponde tanto al conductor como al peatón, y es por ello que si bien debe conservarse el dominio sobre el vehículo, tal extremo no puede ser exigido al punto de responsabilizar al primero por las manifiestas imprudencias cometidas por los viandantes (conf. CNCiv. Sala E, 30-05-91; íd., Sala C, ED, 14-888 y LA LEY, 119-636; íd., Sala F, ED, 36-108; Belluscio, "Código Civil Comentado", T. 5, pág. 490, nota 323). Uno de los deberes que la Ley de Tránsito impone a los peatones en las vías semaforizadas es que crucen la calzada cuando ?tengan a su frente semáforo peatonal con luz verde o blanca habilitante? (art. 44 inc. b) 1). ?No deben cruzar con luz roja o amarilla a su frente? (art. 44.b. 3). Es verdad que el peatón goza del beneficio de la duda y presunciones a su favor, pero ello es así en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito (art. 64, párrafo 2º de la ley 24.449), pues de otro modo se concedería a quien incurre en una conducta censurable y contraria a la ley una suerte de bill de indemnidad que llevaría a considerar como no escrito el texto normativo. Pienso que en una sociedad de riesgo como es la que nos toca vivir, nadie está exento de tomar precauciones para preservarse del peligro y debe obrar en consecuencia. Existe una interconexión de cuidado: el deber que pesa sobre el conductor y el que le incumbe al peatón, toda vez que ambos tienen la ineludible obligación de observar correctamente las reglas de la circulación. Al peatón le atañe, por su parte, tener conciencia de su propia fragilidad (conf. CNCiv. Sala H, del 15-6-05, ?Appel, Rosa C. c. Kraft, Marcelo J. y otros?); de manera que para intentar el cruce, debe asegurarse mínimamente que tiene la luz a su favor y no poner en riesgo su propia integridad física o su vida como así también las de todos aquellos que transitan por la avenida que, huelga decirlo, es una de las más concurridas de esta ciudad, aún en los días no laborables y en horas de la noche. No se me oculta que el que cuenta con luz verde a su favor no tiene derecho a arrasar con todo lo que encuentre en su camino, pues la habilitación del semáforo no enerva la obligación de mantener el dominio del rodado, pero tampoco puede exigirse a los conductores que conjuren hasta la temeraria y extrema imprudencia de los peatones, como si fueran una suerte de héroes mitológicos o de ciencia ficción. La valoración de la previsibilidad a que hice anteriormente referencia debe efectuarse con criterio de realidad y en función de lo que sucede de ordinario en el curso natural de las cosas (art. 901 Código Civil) y según las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Repárese que el riesgo que la ley tiene en cuenta como factor objetivo de atribución para endilgar responsabilidad al dueño o guardián es el generado por la cosa y no aquél que asume la propia víctima con su obrar imprudente. Sobre la base de los

postulados reseñados, pienso que ambos protagonistas -conductor del C. y la víctima- fueron responsables del resultado final. De modo tal que cada uno deberá hacerse cargo de los daños en la proporción en que contribuyó a causarlo (conf. Llambías, J. J. "Obligaciones" T. III, pág. 74, n° 2293 y "Código civil Anotado", T. II-B, pág. 444, n° 9; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", T. IV, pág. 400, n° 12). Por una parte, el demandado no intentó esquivar el obstáculo, previamente divisado, en tanto que la víctima cruzó en infracción, por un lugar no permitido. Para fijar discriminadamente la cuota que deben soportar los inconvenientes, comparto el pensamiento de Llambías en cuanto a que ello debe ser prudencialmente efectuado, sin que la imposibilidad de lograr un coeficiente matemáticamente exacto impida arribar a una solución justa y socialmente aceptable. En tales condiciones, propondré que se revoque en este aspecto la sentencia y, consecuentemente, se distribuya la responsabilidad en un 50% para cada una de las partes. Por tanto, el conductor demandado, la titular registral y su seguro, solamente se harán cargo de la mitad de los daños que surjan comprobados y guarden relación con los hechos.

III.- Me ocuparé seguidamente de los distintos daños que componen la cuenta indemnizatoria. a) Incapacidad sobreviniente. Daños físicos y funcionales. Daño físico futuro. Daño psíquico. Con motivo del siniestro, el actor fue inmediatamente trasladado al Hospital P. por ser el más cercano al lugar del impacto (fs. 769), en donde recibió los primeros auxilios. Posteriormente, fue derivado al Hospital A.. Se le diagnosticó politraumatismos. Sufrió desplazamiento de húmero izquierdo. Se le colocaron elementos de osteosíntesis. Experimentó asimismo neumotórax y estallido de bazo -por el que fue sometido a esplenectomía-, tuvo repercusiones en el riñón izquierdo, cervicalgia y limitación en la rotación, así como contracturas y lumbalgia. Padeció también fractura en la pelvis isquiopubiana e iliopubiana y en el alerón de sacro izquierdo. Al tiempo de la revisión pericial se comprobaron cicatrices -algunas de ellas queloides- en distintas partes del cuerpo. Luego de realizar los estudios que menciona, el Dr. A. G. concluyó que N. presenta una incapacidad parcial y permanente del orden del 74,41%, según el baremo que indica. Dicha minusvalía está conformada por la esplenectomía; la fractura humeral con desplazamiento; fractura ilíaca de una rama; fractura pubiana y de alerón sacro; limitación funcional de hombro; cervicalgia; lumbalgia y daño estético (ver fs. 901/903).

La dirección letrada del actor solicitó explicaciones a fs. 905/908, en tanto la citada en garantía hizo lo propio a fs. 911, las que obtuvieron respuesta a fs. 918. De estas se desprende que al tiempo de la peritación no se encontró material de osteosíntesis en ninguna parte del cuerpo y tampoco existen evidencias de secuelas renales. Sí se comprobaron limitaciones funcionales y severas dificultades para realizar las tareas cotidianas. Sobre esa base, el experto consideró que la víctima no se encuentra en condiciones de sortear un examen preocupacional de rutina. Desde el punto de vista psicológico, luego de realizar los estudios de rigor, la Lic. F. concluyó que N. presenta daño psíquico. Diagnosticó ?depresión neurótica grado II?, que produce sintomatología de orden emocional, cognitiva y somática. Estimó una minusvalía del orden del 20% TO, en relación causal con el hecho que motiva estos autos. Recomendó tratamiento psicoterapéutico de doce meses de duración, con una frecuencia semanal, con la finalidad de procurar el manejo de la ansiedad y la tensión que surgen a raíz de las vivencias traumáticas y a la elaboración del hecho disruptivo. Pues bien, cabe tener primordialmente en cuenta que el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el ?neminem laedere?, reconoce su fuente en el art. 19 CN (CSJN, ?in re? ?Santa Coloma? (Fallos 308:1160); Ghünter?, (Fallos 308:1118); ?Aquino? (Fallos 327:3753). Por otra parte, la indemnización debe ser adecuada para dar satisfacción al principio de la reparación plena, al que se refiere el art. 1740 del nuevo Código Civil y Comercial. Esta se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y no debe ser superior al daño sufrido (conf. Pizarro, Ramón D., ?El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva?, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998).

Por otra parte, no debe soslayarse que el art. 1746 del CCyC hace referencia a la adopción de determinadas pautas que parecen dar cuenta que debe emplearse un criterio matemático para calcular la indemnización. En efecto, establece como directiva que la indemnización debe consistir en una suma de capital que, debidamente invertido, produzca una renta que permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil una ganancia que cubra la disminución de su aptitud para realizar actividades productivas o económicamente favorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Como se advierte, esta fórmula, prevista para el caso de incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740), todos ellos objetivos de la responsabilidad civil, en conjunto con el deber de prevención (arts. 1708 y 1710) - podrá ser un elemento a seguir para cuantificar también el perjuicio producido (conf. Galdós, en Lorenzetti (dir) ?Código Civil y Comercial de la Nación comentado?, 1° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 294). Se trata de una herramienta, de una verdadera pauta orientadora para lograr acercarse en forma objetiva a la reparación adecuada, pero que no descarta la aplicación de las particularidades del caso que son, justamente, las que permiten a los jueces resolver con justicia cada situación individual. Es con esa perspectiva que cuadra examinar también el resultado del peritaje de la Actuaría designada de oficio (ver fs. 549/559) quien efectuó una proyección de las

oportunidades económicas que probablemente se verán cercenadas en el curso de la vida en razón de las secuelas remanentes que exhibe la víctima. Destaco que en el extenso relato de la demanda, la parte actora ha desglosado distintos acápites que conforman, en rigor, el mismo menoscabo. Así, además de las secuelas presentes, se reclamó el pago de una supuesta minusvalía futura cuando -en rigor- la indemnización por incapacidad no tiene otra función que resarcir las limitaciones que exhibe la víctima y se proyectan hacia el porvenir. Por tanto, los factores que se han indicado en el escrito de postulación y se pretendieron acreditar con el peritaje de la Actuaría, no son sino manifestaciones de este daño que, como tal, representa las chances de la víctima de llevar a cabo una vida plena, esto es, en las mismas condiciones que se hubiera desarrollado tanto en su aspecto productivo como en su vida de relación, de no haber mediado el infortunio. Así, no solamente deben incluirse en este perjuicio las limitaciones físicas -daño a un bien de la personalidad- sino las perspectivas de realizar las actividades que resultaron frustradas por el infortunio como, por ejemplo, la interrupción de la práctica de rugby en el CASI, o el atraso en la cursada de las materias de la carrera universitaria que cursaba en la Pontificia Universidad Católica Argentina (ver fs. 693). No incluyo en este acápite el daño estético, pues las cicatrices defectuosas no se ubican en lugares visibles y no se advierte de qué modo pueden afectar la vida productiva o de relación del afectado. Las tendré en cuenta al valorar el daño no patrimonial. Por tanto, en función del art. 1746 citado, tomaré en cuenta las variables que surgen de la causa, esto es, la edad del joven al momento del hecho -prácticamente 18 años-, su ocupación -estudiante universitario- y las restantes constancias que se desprende de las declaraciones testificales, tanto en estos autos como en el incidente sobre beneficio para litigar sin desembolso de gastos (Expte. N.81.203/2011). Por aplicación del principio de las incapacidades restantes, los porcentuales estimados alcanzan al 79,52%, que considero elevados, no sólo porque la propia víctima admitió que continuó sus estudios, sino también porque una porción importante de esa minusvalía está constituido por la lesión estética que, como adelanté, será ponderada en el daño moral. Por tanto, calcularé la incapacidad sobre la base de una minusvalía del 60% TO y la tasa de descuento en el 8%. A la luz de esos factores, juzgo prudente fijar por este menoscabo la suma total de PESOS UN MILLÓN (\$ 1.000.000), de los cuales el demandado y la citada en garantía deberán abonar la mitad, esto es PESOS QUINIENTOS MIL (\$ 500.000).

b) Daño no patrimonial. En cada oportunidad dejé aclarado que, entre las distintas posturas que existen al respecto, participo de la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24-8-95, ?Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos?, JA 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 1-10-85, LL 1986-B, pág. 258; ídem, Sala C, del 8-6-93, JA 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA 1988-IV, pág. 651), postura que finalmente fue recibida en el art. 1741 del Código Civil y Comercial, ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y sigtes., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, F.A., "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, t. I, p. 251 y sigtes.; Iribarne, Héctor P., ?De los daños a la persona?, ed. Ediar, p.s 143 concs.). No queda reducido, sin embargo, al clásico "pretium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir -"lato sensu"-, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, pág. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III-902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I- 727 a 732). Por tanto, de lo que se trata es de proporcionarle a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viable para superar el padecimiento (Iribarne, op.cit., Galdós en Lorenzetti (dir), ?Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?, ed. Rubinzal Culzoni, t. VII, p. 503 ss). Es sabido, por otra parte, que el daño extrapatrimonial se produce ?in re ipsa?, no requiere prueba y no tiene por qué guardar proporción con los perjuicios materiales (conf. CNCiv., Sala G L. 282.602, del 16-2-01). No es dudoso que a raíz del accidente, P.N. permaneció en estado de coma primero, luego estuvo internado en un establecimiento asistencial para continuar en forma domiciliaria los intensos cuidados que le fueron indicados. Tuvo que utilizar silla de ruedas durante un tiempo y se vio obligado a suspender sus estudios universitarios. Como consecuencia del infortunio aún existen limitaciones de orden físico que determinaron que tuviera que alejarse de sus actividades deportivas. A ello se suman los intensos dolores padecidos, las cicatrices visibles en su cuerpo, la angustia e incertidumbre sobre la evolución de su salud, la depresión experimentada, la turbación emocional a la que se refiere la perito psicóloga, y el lapso que exigió su curación, todos los cuales son factores suficientes para configurar un daño no patrimonial que debe ser resarcido. Por tanto, propongo a mis distinguidos colegas fijar por este renglón la suma reclamada de PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000) de los cuales estará a cargo del demandado la de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

c) Gastos médicos, estudios clínicos, traslados. Los gastos de farmacia y medicamentos pueden ser admitidos aun cuando no se encuentren probados, si la índole del hecho permite presumir que necesariamente debieron efectuarse (conf. Sala G, L.L. 1993-E, págs. 228/230). Es bien sabido que los servicios que prestan tanto las instituciones públicas como las empresas denominadas de

?medicina prepaga? no enjugan plenamente la totalidad de las erogaciones que presuponen las lesiones padecidas. Generalmente es necesario efectuar desembolsos de poco monto -v.gr. radiografías, inyecciones, materiales, calmantes, etc.- por los que normalmente no se exigen o no se conservan comprobantes, pero que sumados al final del tratamiento, pueden alcanzar proporciones significativas. Por supuesto, cuando no existen recibos para acreditar tales gastos, la cuantía del perjuicio queda sometida a la prudente valoración judicial (art. 165 Código Procesal). Durante las distintas etapas de su extenso tratamiento N. fue atendido por varios profesionales, algunos de los cuales dieron cuenta por oficio de la referida circunstancia (ver fs. 566 y 593). Es el caso del cirujano plástico (ver fs. 271/2) o del traumatólogo (fs.566), del kinesiólogo y del psicólogo. Este último incluso asistió al paciente cuando estaba internado en el Hospital A. (ver fs.924). Fue atendido a través de OSDE-Plan Binario- al que se encuentra adherido desde el 19 de mayo de 2008 (fs.260). Es razonable que si tuvo que ser sometido a intervenciones quirúrgicas e internación domiciliaria durante un tiempo prolongado, por más que hubiera recibido atención por el régimen de prestadores contratado por la prepaga o por el sistema de reintegro (ver fs. 253 ss.), seguramente se vio precisado a realizar erogaciones no cubiertas. Sobre esa base, y aun cuando no consta de manera fehaciente a cuánto ascendieron los gastos, estimo que la suma de PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) es suficiente para enjugar el menoscabo. De modo que el 50% que deben erogar el demandado y su aseguradora es de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000; art. 165 CPCCN). Por la índole y ubicación de las lesiones, es razonable presumir que la víctima debió utilizar medios de transporte más onerosos para trasladarse a los centros de curación, de modo que cabe tener por acreditada la procedencia de la indemnización por este acápite. Por tanto, en ejercicio de la potestad evaluatoria (art. 165 CPCCN), sugiero fijar por este renglón la suma de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000) -de los cuales el emplazado deberá abonar la cantidad de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000).- IV.- Tasa de interés. Como las sumas indemnizatorias son fijadas a la fecha de este pronunciamiento, postulo establecerla en el 8% anual desde el hecho hasta el presente y, desde aquí en adelante, a la tasa activa fijada por la colega de grado (conf. doctrina plenaria ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios? del día 20 de abril de 2009). Imponer que los réditos se liquiden a tasa activa desde el hecho, llevaría a consagrar una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido. Es que, al fijarse los montos indemnizatorios al momento de esta sentencia, se evita la posibilidad de conceder una indemnización depreciada. En consecuencia, pierden sustento las razones que se expusieron en la demanda para cuestionar la validez constitucional de la ley 25.651 (art. 4). V. En síntesis. Propongo a mis distinguidos colegas revocar la sentencia apelada y hacer lugar parcialmente a la demanda por el 50 % de los daños comprobados. En su mérito, condenar a J. A. S. y a M. B. N. a abonar en forma concurrente al actor la suma de PESOS SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 635.000) -que representa el 50% de los daños causados- con más sus intereses, los que serán liquidados de conformidad con lo que resulta del considerando precedente. Hacer extensiva la condena contra ?C. de S. L. M.A. SA? en los términos del art. 118 LS. Las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a los demandados y a su seguro, por el carácter que éstas tienen en los juicios de la naturaleza del presente aunque la pretensión no prospere en su totalidad (CNCiv., esta Sala, LA LEY 1989-B, págs.241/244 y sus citas, entre otros). El sr. Juez de Cámara Doctor Carlos A. Bellucci dijo: Adhiero al prófumo voto preopinante en todo cuanto propone, no obstante que por la fecha del ilícito y la no retroactividad del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 3, 7 y concordantes), la meritación y cuantía del porcentual de las yacturas admitidas no varía por la aplicación de los arts. 1067, 1079, 1083, 906 y concordantes del prestigioso código de Vélez que es, a mi juicio, el aplicable al presente entuerto. Vaya pues, esta mera aclaración que en nada modifica lo sustancialmente correcto del primer voto, con el que a solaz concurro. El sr. Juez de cámara Doctor Carlos A. Carranza dijo: Coincido con la distinguida vocal que vota en primer término en todo cuanto propone, incluso en las partidas que comprende la reparación, sin perjuicio del criterio de esta sala, recordado por el distinguido par que lo emite en segundo término, en cuanto a que, en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda, no resulta directamente aplicable a la cuantificación de los perjuicios el Código Civil y Comercial de la Nación, por no ser el daño una consecuencia sino la causa constitutiva de la relación (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil; C.N.Civ., esta Sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario ?Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.?, del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentido C.N.Civ., sla E, Expte. 101221/07, del 15/7/16; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd, sala I, Expte. 25837/10, del 11/12/15), pues arribo a similar resultado a la luz del constitucional derecho a la reparación citado en el voto y del Código Civil vigente al tiempo de integrarse los elementos de la responsabilidad civil. //nos Aires, de agosto de 2017.- Y Vistos: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I. Revocar la sentencia apelada y, en su mérito se hace lugar parcialmente a la demanda, condenándose a J. A. S. y a M. B. N. a abonar en forma concurrente al actor la suma de PESOS SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 635.000), con más sus intereses, los que serán liquidados de conformidad con lo que resulta del considerando IV. La condena se hace extensiva contra ?C. de S. L. M. A. SA? en los términos del art. 118 LS. II. Con costas de ambas instancias a los demandados. Los honorarios se establecerán una vez que exista liquidación aprobada. III. Vueltos los autos,

el juzgado de tramitación originaria arbitrará lo conducente al logro del faltante tributo de justicia, y se recuerda la personal responsabilidad que en ello trae e impone la ley 23.898. Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. Integra la Vocalía 20 la Sra. Juez de Cámara Dra. María Isabel Benavente (Resol. 707/17 del Tribunal de Superintendencia).- Carlos A Bellucci Carlos A. Carranza Casares Marisa Isabel Benavente

020441E