

## Responsabilidad Extracontractual Estado Riesgo Creado

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Responsabilidad extracontractual. Estado. Riesgo creado Se establece la responsabilidad a cargo de la Municipalidad de Rosario por comprobarse el daño conforme al rubro gastos médicos, incapacidad física y daño moral, ya que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

Rosario, de diciembre de 2016.- Y VISTOS: Los autos ?AGUILAR HERNÁN c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO y/o AGUAS SANTAFESINAS SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, Expte N° 2789/13 en los que se celebró la audiencia de vista de causa en fecha 14/12/16, en la que se produjo prueba y alegaron las partes ante el Tribunal integrado por las Dras. Susana Igarzábal, Julieta Gentile y Mariana Varela, se encuentran los presentes en estado de dictar resolución. Y CONSIDERANDO:

1.- Se han concluido las actuaciones administrativas por reclamo ante la Municipalidad de Rosario iniciadas el 16/2/11 N° 5132/2011 S según surge de las constancias obrantes en los autos conexos caratulados ?SÁNCHEZ ROSA c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO s/ DECLARATORIA DE POBREZA?, Expte N° 1560/11 (fs.8/19) constando el pronto despacho interpuesto el 9/6/11, y el rechazo por Resolución N° 96 de fecha 27/7/12 encontrándose cumplimentada la exigencia de la ley 9040 (y modif.) Se han remitido por informativa las constancias del expediente administrativo (fs. 128/150 de los presentes autos) Por el mismo hecho se iniciaron las actuaciones penales caratuladas ?Aguilar Hernan Gerardo s/ Lesiones Culposas? Expte. N° 2785/11, que tramitaron ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 3 de Rosario, que concluyeron con su archivo por aplicación del art. 200 CPP (fs. 20 del sumario penal que se encuentra agregado en copia a los presentes fs.142/162) 2.- La legitimación activa de HERNÁN GERARDO AGUILAR surge de la calidad de lesionado en el hecho de marras así como usuario de la motocicleta Honda Storm dominio ...; lo que surge del sumario penal y de declaración testimonial producida en la audiencia de vista de causa de fecha 30/9/15 en estos autos. La legitimación activa de ALEJO IVÁN BOUSSY surge de la calidad de lesionado lo que surge del sumario penal y de declaración testimonial producida en la audiencia de vista de causa de fecha 30/9/15 en estos autos. 3.- La legitimación pasiva de la MUNICIPALIDAD DE ROSARIO se atribuye en base a la responsabilidad extracontractual por el carácter de dueña y guardiana de la calle donde ocurriera el hecho (art. 2340 inc. 7 CC, así como ordenanzas municipales), por omisión (art. 1074 CC) y la calidad de cosa riesgosa de la calle por no reponer la tapa de la boca de tormenta (art. 1113CC) La legitimación pasiva de AGUAS SANTAFESINAS SA se atribuye en base a la responsabilidad extracontractual por el carácter de concesionario de los servicios de agua en la ciudad de Rosario y la obligación de custodia, mantenimiento y conservación de las tapas de provisión de agua y bocas de registro e inspección en calzada, así como de las bocas de desagüe pluviales y la calidad de cosa riesgosa por no reponer la tapa de la boca de tormenta (art. 1113CC) 4.- La pretensión La actora pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la incapacidad resultante y daños materiales en la motocicleta, por el hecho de fecha 29 de mayo de 2011 a las 21:30 aproximadamente ocurrido en Pasaje Árabe Unida en oportunidad en que HERNÁN GERARDO AGUILAR circulaba a bordo de una motocicleta llevando como pasajero transportado a ALEJO IVÁN BOUSSY y cayeron en fecha 29/5/11 ante la presencia de una boca de tormenta sin tapa en la calle. 5.- El responde. La demandada Municipalidad de Rosario niega la existencia de los hechos afirmados por los actores en su pretensión. Desconoce la existencia del hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, del pozo, de la caída de los actores y sus consecuencias dañosas Asevera que ha acontecido en el hecho la eximente de responsabilidad por culpa de la propia víctima aduciendo que la alcantarilla es una cosa inerte que no aparece en forma intempestiva e inevitable para el conductor de la moto ya que no se cruza en su trayectoria y por tanto debió aminorar la marcha o transitar por otro sector de la calle ya que no estaba oculta. Invoca eximente fundado en culpa de un tercero por quien no debe responder en la persona de Aguas Santafesinas SA que ?tiene a su cargo la obligación de mantener la misma en buen estado de uso y conservación atento a la zona donde estaba? (fs. 50) Aguas Santafesinas SA, contesta la demanda negando el hecho, los daños y la responsabilidad atribuida. En primer término cuestiona la falta de precisión de la actora respecto al sector específico del hecho, que se ubica en Pasaje Árabe Unida a varios metros de Bv oroño y con ello vulnera el derecho defensa de su parte, pero invoca eximente fundada en culpa de un tercero por quien no debe responder ya que no tiene en esa calzada (Rep. Árabe Unida entre Bv Oroño y Masotti) ninguna instalación ni red a su cargo. La instalación del Sistema Pluvial se encuentra a cargo de la Municipalidad de Rosario en ese lugar (fs.70/70 vta) y por tratarse de una boca de registro pluvial que se encuentra fuera del radio antiguo de la

ciudad de Rosario no se encuentra a su cargo el servicio. Funda la defensa en el Contrato de Vinculación Transitorio entre Aguas Santafesinas SA y la Provincia de Santa Fe. (fs. 72 vta). Invoca la culpa de la víctima al circular sin casco, a velocidad antirreglamentaria y sin luces que le permitieran divisar adecuadamente la calzada, existiendo un amplio sector de la calzada para circular sin obstáculos. (fs. 73 vta) El marco decisorio está conformado por las argumentaciones de las partes en sus escritos ¿los jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones de las partes sino solo aquéllas que se estimen decisivas para la solución de la controversia y el fundamento de sus conclusiones?(1) Cabe señalar que es carga procesal de las partes la introducción de los hechos, que son los que conforman la traba de la litis. La CSJN ha señalado que ¿No cabe aplicar el principio iura novit curia excediendo el ámbito que le es propio y lesionando garantías constitucionales pues la calificación de las relaciones jurídicas que compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la litis?(2) ¿El principio ¿iura curia novit? importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquéllas pero esa facultad no se extiende a alterar las bases fácticas del litigio ni la causa ¿petendi?, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes?(3) Ninguna de las partes ha introducido en sus respuestas, la defensa fundada en culpa de la víctima por el hecho de circular en contramano. 6.- El hecho El hecho afirmado por los actores en la demanda, es la caída de la motocicleta en la que circulaban, por una boca de registro sin tapa o alcantarilla ubicada en la calzada por causa de la que sufrieron daños. 7.- El marco jurídico Se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y por ende cabe entrar en la consideración del art. 7 de dicho ordenamiento., ¿Interpretando dicho artículo, el Dr. Lorenzetti sostiene que se trata de una regla dirigida al juez y le indica que ley debe aplicar al resolver un caso, estableciendo que se debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efectos retroactivos, con las excepciones previstas. Entonces, la regla general es la aplicación inmediata de la ley que fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5) y deroga la ley anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior, La norma, siguiendo al Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato....(Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Director. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T 1, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pp.45/47) ...en el sistema actual la noción de retroactividad es una derivación del concepto de aplicación inmediata. Por lo tanto la ley es retroactiva si se aplica a una relación o situación jurídica ya constituida (ob cit. p 48/49)?(4) Así, se ha explicado que si el ad quem ¿revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente, en agosto de 2015 la revisará conforme al artículo 1113 del Cod. Civ no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej. Una ley que regula la tasa de intereses posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos?(5) Lo expresado se encuentra en consonancia con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su reiterada jurisprudencia ¿según conocida jurisprudencia del Tribunal en sus sentencias se deben atender las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos:306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476;331:2628; 333:11474; 335:905, entre otros)(6) 8.- La imputación jurídica constituye un elemento decisivo en la causa petendi, integrada por el hecho y la consiguiente imputación. De ello se deriva que incumbe a las partes brindar el marco jurídico de la pretensión, configurado en este caso por los art. 1113 y 1112 CC y la responsabilidad por omisión.. Por ende la responsabilidad se analizará desde ambas ópticas. Conforme lo expresado en el considerando anterior, el art.1765 CCC no resulta aplicable al caso de autos pues el hecho ocurrió el 29/5/11 según afirman los actores. La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, sino directa, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas-. 9.- La responsabilidad derivada del art. 1113 CC se fundamenta en que la cosa mecánicamente pasiva ha sido causalmente activa por la anormalidad de la ubicación o situación, lo que crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa congruente con el sistema de causalidad adecuada de nuestro código civil. Por ello, cuando se prueba la intervención causal de una cosa normalmente no peligrosa, el riesgo o peligrosidad al que alude el 1113 CC deriva de una calidad accidental-ubicación riesgosa sin señalización- correspondiendo a la parte demandada probar el caso fortuito o la culpa de la propia víctima o de un

tercero por quien no haya de responder para deslindar su responsabilidad. Sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos de intervención de una cosa inerte que cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; ello es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando - cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o vicio, pues en el contexto del 2º párrafo, últ, parte del art. 1113CC son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder?(7) En relación al riesgo creado, este puede derivar de la ausencia de elementos positivos para brindar seguridad en tanto la cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción de daños a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad?(8) El riesgo no puede quedar reducido a una simple relación de causalidad, ciega y mecanicista, entre cierto elemento y el perjuicio. Antes bien, el riesgo es un factor de atribución y por ende una razón especial para responder, que reviste connotaciones axiológicas operativas para justificar la imputación de la obligación resarcitoria?(9) La CSFe ha sostenido que la norma del art. 1113CC que consagra la imputación objetiva del deber de reparar, deja de lado la exigencia de un soporte subjetivo para la responsabilidad y la atribuye por los daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, favoreciendo la exigencia generalizada de que los daños sean reparados. Así la actuación dañosa de la cosa riesgosa importa un factor objetivo de atribución de responsabilidad en cabeza del dueño o guardián, salvo que pruebe la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, lo que excluiría el nexo causal en que se funda la responsabilidad. Claro está que en este caso las eximentes legalmente previstas exigen que el demandado pruebe la interrupción del nexo causal por la incidencia de una causa extraña que sea ajena al riesgo propio de la cosa por la cual responde?(10) En esta interpretación, para eximirse de responsabilidad, los demandados deben demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se responde debe tener la aptitud de cortar el nexo de causalidad entre la actividad y el perjuicio. 10.- La doctrina judicial señalada por la pretendiente ha sido sentada en el precedente Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y/otra s/ Daños y Perjuicios? del 1/12/92 fallado por la CSJN y es aplicable al caso. En dicho caso la Corte señaló que El uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado lato sensu) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos?(11) Una calle, por cierto no es una cosa riesgosa, sino calificable como inerte? -según la doctrina judicial reseñada- .En determinadas circunstancias puede ser generadora de daños con responsabilidad imputable a su dueño o guardián. Dichas circunstancias devienen del mantenimiento defectuoso, roturas, irregularidades que conspiran contra un uso normal de la cosa en condiciones de seguridad. Si la cosa inerte tiene participación activa en la producción del daño sufrido por quien la utiliza (por ejemplo, piso normalmente resbaladizo, acera deteriorada o con pozos) nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o al guardián?(12) Se trata de un peligro que la actividad o la cosa genera y el factor atributivo finca en un poder-deber relativo a esa fuente de peligro que domina o controla el obligado, de manera expresa o virtual?(13) 11.- En lo referente a la responsabilidad del Estado, la consideración del art. 1112 CC ingresa en el encuadre jurídico; la CSJN ha señalado Sin perjuicio de ello, la doctrina ha hecho también aplicación de los principios que nacen del art. 1112 del Código Civil de conformidad con los elementos que derivan de la noción de la falta de servicio. De acuerdo a esta línea argumental, cabría admitir la responsabilidad estatal ante la verificación de hechos u omisiones que demuestren la existencia de una falencia en el ejercicio de los cometidos públicos?(14) Sobre la interpretación que cabe dar al art. 1112 CC, la CSJN ha sostenido Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-?(15) La interpretación del artículo 1112, CC que efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa Vadell? del año 1984, comporta la consagración del carácter directo de la responsabilidad de la Administración que es, además de naturaleza objetiva, toda vez que reconoce como factor de atribución la noción objetiva de falta de servicio? que alude a un irregular, defectuosos, o anormal ejercicio de la actividad o servicio de que se trate?(16) La CSJN ha señalado en los casos de responsabilidad del Estado que Sin perjuicio de ello, la doctrina ha hecho también aplicación de los principios que nacen del art. 1112 del Código Civil de conformidad con los elementos que derivan de la noción de la falta de servicio. De acuerdo a esta línea argumental, cabría admitir la responsabilidad estatal ante la verificación de hechos u omisiones que demuestren la existencia de una falencia en el ejercicio de los cometidos públicos?(17) 12.- En lo concerniente a la atribución de responsabilidad por omisión, la jurisprudencia sostiene que El art. 1074 del C.C. (aplicable a la responsabilidad del Estado) solo comprende los ilícitos por omisiones simples y no los de comisión por omisión. En los casos de responsabilidad del Estado, no es necesario que la obligación sea impuesta en forma expresa; basta que se de: a) la existencia de un interés normativamente relevante -sea en la relación cualitativa o cuantitativa-; b) la necesidad material en actuar para tutelar el interés y c) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar?(18) La jurisprudencia sostiene En el derecho público no existe un texto específico

que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o de abstención. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuársele recurriendo a la norma del art. 1074 CC. (art. 16 CCiv.) que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención.?(19) Es de señalar que conforme al art. 19 del Código de Tránsito de Rosario, le compete a la Municipalidad de Rosario la señalización de anomalías u obstáculos en la vía pública; debiendo actuar de inmediato advirtiendo el riesgo a los usuarios de conformidad con el art. 23 de la ley 24.449

13.- Efectuado el presente encuadre jurídico corresponde analizar las defensas y pruebas producidas en autos a los fines de la atribución de responsabilidad. En primer termino, la eximente de responsabilidad invocada por AGUAS SANTAFESINAS SA (ASSA) en relación a la responsabilidad exclusiva del mantenimiento de las bocas de tormenta a cargo de la Municipalidad de Rosario. Surge de la informativa emanada del Ministerio de Aguas, Servicios Públicos y Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe, acompañando el contrato de vinculación entre ASSA y Provincia de Santa Fe, que el objeto del contrato es la prestación del servicio público de suministro de agua potable y desagües cloacales, en la etapa de transición conforme las condiciones previstas en la ley 12.516, en el ámbito determinado en el punto 1.3 dentro de los que figura la Municipalidad de Rosario. En el punto 1.5.2. se excluye del objeto de la concesión la prestación y cobro del servicio de desagües pluviales salvo los casos de desagües pluviocloacales del radio antiguo de la ciudad de Rosario (fs. 190) ?Con tal alcance quedan excluidas de la responsabilidad del prestador las redes de los desagües pluviales y sus accesos, como así también los sumideros de los sistemas excluidos y las vinculaciones de éstos con la red de desagües pluviales? En otro informe emanado del ENRESS (Provincia de Santa Fe), en el que consta que el ?Radio antiguo de la ciudad de Rosario de acuerdo al Regime para el Proceso de Transición aprobado por decreto 1358/07 y ratificado por Decretos N° 2624/09, 2332/12 y 0005/14 PEP, es un sector de la ciudad de Rosario cuyas instalaciones sanitarias pertenecen a un sistema pluviocloacal que es prestado actualmente a la empresa Aguas Santafesina SA (originariamente le correspondía al entonces Concesionario Aguas Provinciales de Santa Fe SA hoy en liquidación)? Establece los límites geográficos e indica que el sector de instalaciones correspondientes a la red pluvial, sumideros y bocas de registro/inspección del sistema pluvial con sus correspondientes tapas, ubicadas en calle República Árabe Unida entre Bv Oroño y Mossotti de la ciudad de Rosario, son de competencia y responsabilidad exclusiva de la Municipalidad de Rosario (fs. 327), quedando excluidas de la responsabilidad del Prestador (ASSA) las redes de los desagües pluviales y sus accesos, como así también los sumideros de los sistemas excluidos y las vinculaciones de estos con la red de desagües pluviales? (fs. 327) Ello se corresponde con la Ordenanza N° 8120 de la Municipalidad de Rosario acompañada por informativa, de la que surge el deber de la Municipalidad en la tramitación y otorgamiento de permisos de apertura de la vía pública de controlar e inspeccionar desagües...instalaciones de redes de agua corriente, cloacales...en el ámbito de municipio. Adjunta plano de desagües pluviales de fecha septiembre de 2007 en el que figura la calle República Árabe Unida . Ha quedado acreditado que la obligación del tendido de redes pluviales y sus correspondientes bocas de inspección se encuentran a cargo exclusivamente, de la codemandada Municipalidad de Rosario, ante la ocurrencia del hecho fuera del denominado radio antiguo de la ciudad de Rosario, por lo que corresponde admitir la eximente invocada por la codemandada ASSA y rechazar la pretensión incoada en su contra.

14.- En la denuncia del actor Boussy ante la preventora -radicada con relación al hecho de marras- expone que el 29/5/11 ?siendo aproximadamente las 21:30 hrs, en circunstancias en que viajaba a bordo de la motocicleta marca Honda Storm dominio ... de color azul conducida por Aguilar Hernán Gerardo,...circulando por calle Ameghino de Este a Oeste, al trasponer calle Oroño e ingresar a calle Pje Árabe Unida, había un agujero de alcantarilla la cual no tenía tapa y no pudimos esquivarla por lo que la moto se incrustó con su rueda delantera y a raíz de esto caemos pesadamente al pavimento resultando lesionados? Obra declaración informativa de Hernán Gerardo Aguilar ante la preventora, en la que consta que el día del hecho de marras circulaba con la moto marca Honda Storm dominio ... de color azul llevando como pasajero a Alejo Ivan Boussy y ?al cruzar Bv Oroño ingresando al Pje. Árabe Unida, había un pozo en el cual debería estar la tapa de la alcantarilla y la rueda delantera se me incrustó dentro de este, por lo que caímos pesadamente al pavimento? (fs. 148 de los presentes) En la audiencia de vista de causa de fecha 30/9/15 declara el testigo Diego Osvaldo Scorza, quien fuera testigo presencial del hecho, pues transitaba por el lugar, diciendo que la luz era tenue y vio a los actores caer de una motocicleta por una alcantarilla que estaba abierta, y la moto quedó tendida del lado derecho y ambos actores en el piso. Declara que los vio mientras venían circulando desde calle Ameghino y no recordaba si tenían colocado los cascos protectores en la cabeza. Declara asimismo el testigo Franco Tomas Patricelli, quien reconoce las fotos del lugar del hecho (fs. 38 y 38 vta) e indica que el hecho de marras fue en la cortadita apenas se entra desde Ameghino y Oroño. En dichas fotos se observa la ausencia de la tapa que revela un pozo circular de profundidad incierta El pozo ubicado en la calle por ausencia de una tapa de registro, se erige en un incumplimiento relevante en el caso en concreto, que surge debidamente acreditado. La omisión del cuidado en la seguridad de las calles por parte de la demandada Municipalidad de Rosario, no puede soslayarse en razón a las circunstancias de tiempo y lugar y se erigió en un factor determinante en la causación del hecho de marras por la ausencia de señalización. La culpa de la víctima o la de un tercero por

quien no responda, apunta a destruir total o parcialmente la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo y vicio de la cosa y el daño. O sea, el eje de la cuestión transita por la relación de causalidad, y desde ese enfoque, el hecho debe ser introducido por la demandada en la oportunidad procesal correspondiente, ello es, al contestar la demanda. En el presente caso, ninguna de las demandadas introdujo el hecho de la circulación en contra mano a los fines de la consideración del tribunal, por ello, resultando ajeno a la traba de la litis, el tribunal no puede considerarlo pues vulneraría la regla de la congruencia. En consecuencia se establece la responsabilidad a cargo de la demandada Municipalidad de Rosario.

15.- Encontrándose acreditada la responsabilidad en el evento corresponde analizar la relación de causalidad entre los daños pretendidos y el hecho dañoso. En relación a los daños reclamados en concepto de incapacidad física, el perito médico Dr. Daniel Cuchiara ha dictaminado que ALEJO IVÁN BOUSSY presenta un porcentaje de incapacidad parcial y permanente, del orden del 5% de la Total vida (fs. 274/275). Consta el perito, que presenta una sinovitis crónica compatible con el evento, por secuelas a nivel de rodilla izquierda. En las aclaraciones el perito dice que no le consta que el estudio de RMN se hubiera realizado 20 días después del accidente y que los estudios radiográficos del 17/6/11 eran normales, estos no son los estudios idóneos para detectar esta patología (fs. 315 vta) Asimismo, aclara el perito que en la Historia Clínica del SIES del 29/5/11 se consigna ¿dolor en mano izquierda y rodilla izquierda? El 5% es por la sinovitis crónica que padece el actor que se traduce en líquido que se observa en la RMN y en el examen físico de la rodilla izquierda (fs. 316)

En relación al actor HERNÁN GERARDO AGUILAR, determina un porcentaje de incapacidad parcial y permanente, del orden del 17,20 % de la Total vida. Estima que el actor presenta una limitación funcional de hombro izquierdo y síndrome meniscal de rodilla izquierda compatible con el hecho de autos. En lo referente a la lesión meniscal, el perito médico aclara que dicha patología fue detectada por estudios realizados por la obra social del actor y a que al momento del accidente no le fue realizado un estudio para descartar la lesión meniscal. Estima que el accidente es idóneo para producirle dicha lesión (fs. 315 vta). Aclara que la limitación funcional de hombro izquierdo es compatible con el hecho porque no es un hombro normal lo que se refleja en el examen físico con las limitaciones funcionales (fs. 315) No se requiere de ruptura de tendones pues la tendinopatía-tendinosis del tendón conjunto pero también signos de ruptura parcial de las fibras del tendón del subescapular y tampoco se puede descartar ruptura del labrum. Con lo cual no es un hombro normal (fs.315)

En la Audiencia de vista de causa del 30/9/15, el perito médico remarcó que el dolor de rodilla izquierda que consta en la Historia Clínica del SIES se complementa con los estudios de las RMN que refieren a rotura de meniscos, diciendo que existe relación causal con el hecho y la lesión, en el caso de Aguilar. En el caso de Boussy, aparece que tiene hidroartrosis que es retención de líquido a nivel articular y es consecuencia del accidente.

16.- La jurisprudencia ha dicho ¿que los porcentajes indicados no obligan al juzgador quien los contempla como mero factor indiciario para fijar el quantum de esta partida debe atenderse a la naturaleza de las lesiones sufridas así como también a la edad del damnificado, su estado civil y demás condiciones personales, como habrán aquéllas de influir negativamente en sus posibilidades de vida futura e igualmente, la específica disminución de sus aptitudes laborales?(20) La indemnización que se otorgue por incapacidad sobreviniente debe atender, primordialmente, al mantenimiento incólume de una determinada calidad de vida, cuya alteración, disminución o frustración, constituyen en sí un daño resarcible conforme a una visión profunda del problema tratado.(21)

A los fines de la cuantificación de la reparación debida por lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica total o parcial -teniendo en cuenta que se trata de una deuda de valor (art.772CCC)-, manda el ordenamiento conforme las pautas ordenatorias de los art. 1738, 1740, 1746 y conc. del CCC. meritar la proyección dañosa en las diferentes esferas de la vida de la víctima

La normativa del 1746 CCC, aplicada sin más, impactaría en el derecho defensivo de las partes en caso de su traslación a los litigios que se han tramitado a la luz del anterior Código Civil, por lo que su incidencia se merita en cada caso en concreto. En función de ello, el órgano jurisdiccional estima las consecuencias dañosas con un grado de prudente discrecionalidad. Se ha dicho que la ¿norma prevé la indemnización del daño patrimonial por alteración, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica de la persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por aplicación de un criterio matemático como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial(22), lo que se compadece con el art. 245 CPCC

Se sigue de ello que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia; las normas aplicables que captan en su antecedente normativo tal presupuesto y son las vigentes al momento de la emisión de sentencia (art. 772 CCC y 245 CPCC)

Surge de lo expresado que corresponde una labor integrativa por parte del tribunal del derecho aplicable al caso, de resultados de la cual también ingresa en la ponderación del daño, las cualidades personales de la víctima conforme los lineamientos señalados por la jurisprudencia (en autos Suligoy, Nancy Rosa Ferguglio de y otros c/ Provincia de Santa Fe Ay S tomo 105., p 171 y ss).

El actor HERNÁN GERARDO AGUILAR contaba con 27 años al momento del hecho y el actor ALEJO IVÁN BOUSSY contaba con 26 años al momento del hecho, no acreditaron ingresos ni el monto de los que dejó de percibir

No se acreditó en autos que hubiere acaecido una efectiva disminución de ingresos -daño emergente o lucro cesante-, pues claramente, ello no consta en las pruebas producidas y consecuentemente, a los fines de determinar el quantum indemnizatorio por lesiones y sus

secuelas incapacitantes, habrá de tenerse presente que el mismo procede teniendo en consideración la integridad psicofísica de los mismos, como también, la proyección de las secuelas incapacitantes, en tanto la mutación en la salud, es susceptible de significar en el futuro una pérdida patrimonial -chance-; como también, que la percepción anticipada de la indemnización de un daño que se extenderá en el tiempo -en los términos del art. 1746 CCC- La Cámara de Apelación de Rosario ha expresado que ??los montos admitidos por el tribunal de grado en concepto de incapacidad física, pues existe realmente orfandad probatoria en torno a las circunstancias particulares de la actora, ya que la actividad laboral invocada en la demanda, no fue acreditada, solo se aportó el recibo de sueldo, pero no ha sido probado la actividad en sí que realizaba la Sra. Vanteenskiste, ni tampoco la incidencia real de las secuelas y su repercusión económica. A su vez, también debe tenerse en cuenta que a pesar de ello en cualquier caso, las secuelas existente y verificadas por el perito también tienen incidencia en los demás ámbitos de la vida, repercusión que debe ser valorada al momento de fijarse la suma indemnizatoria, pero aquí tampoco ha sido acreditada?(23) Se estima por tanto justo en función de las circunstancias personales de la actora y las pruebas obrantes en autos, fijar el quantum del resarcimiento por el rubro incapacidad física en la suma de CIENTO TREINTA MIL PESOS (\$130.000) para ALEJO IVÁN BUSSY y CUARENTA MIL PESOS (\$40.000).para HERNÁN GERARDO AGUILAR en mérito a las facultades del art. 245 CPCC. 17.- En orden al daño moral resulta indubitado que las afecciones y las secuelas, provocaron una lesión en el ánimo de los actores. Para fijar el monto indemnizatorio por este rubro deben tenerse en cuenta las pautas de valoración fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son: su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado a la víctima y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio de éste. "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia del lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad que soporta el actor" (Corte Sup., 1/12/1992, "Pose v. Provincia de Chubut.). A su vez la CSJ SANTA FE ha dicho que ?Hay que superar la inercia que se observa en cierta jurisprudencia que considera al daño moral como una variable dependiente y menor del daño patrimonial. Conviene por ello insistir no sólo en la independencia de uno y otro, sino también en la posibilidad que el último supere el daño notablemente al daño económico. Adviértase que las razones y fines de dichos daños se diferencian a tal punto que es posible que un ilícito genere serios daños morales, más ningún perjuicio económico?.(24) Conforme el art. 1741 CCC han de tomarse como pautas orientadoras para la determinación del daño, las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurarle a la víctima, los montos dinerarios fijados. lo que merece un justo y equitativo resarcimiento que el tribunal estima en la suma de VENITINCO MIL PESOS (\$25.000) para ALEJO IVÁN BUSSY y de DIEZ MIL PESOS (\$10.000).para HERNÁN GERARDO AGUILAR a tenor de lo previsto por el art. 245 del C.P.C. 18.- En lo referente al daño pretendido por gastos médicos, se considera que existen cierto tipo de daños cuya prueba resulta extremadamente difícil de producir pues no es usual exigir comprobantes. La jurisprudencia ha morigerado la carga probatoria en este rubro sin exigir prueba acabada de su existencia en tanto guarde relación con las lesiones de la víctima y librando la estimación al prudente arbitrio judicial. En consecuencia, dichos gastos proceden, aunque morigerados por falta de prueba directa. El mismo criterio resulta aplicable a los gastos de traslado que proceden aunque morigerados en mérito a las facultades normadas en el art. 245 CPCC, se estima el monto en la suma de MIL PESOS (\$1000) correspondiendo dicho monto en un 70 % a Aguilar y un 30% a Boussy, .en mérito a las facultades normadas en el art. 245 CPCC. 19.- En relación a los daños pretendidos por la reparación de la motocicleta del actor HERNÁN GERARDO AGUILAR, obra pericial mecánica practicada en estos autos por el Ingeniero Mecánico Daniel Urrere , quien dictamina los daños y montos que insumiría la reparación estimándolos en la suma de \$5042 (fecha pericia 13/4/15). Aclara el perito que si bien la motocicleta no se presentó al examen, tuvo en cuenta el formulario de Inspección Técnica practicada en el sumario penal para determinar los daños (fs. 313) En consecuencia, y resultando inferior el monto consignado en el presupuesto acompañado por la parte actora por la suma de 4460 (taller Repuestos de Motos) procederá por este monto atento a su proximidad con la fecha del hecho y por el acto propio, resultando en la suma de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS (\$4460). En referencia al resarcimiento por privación de uso, el perito estima en un día el tiempo de reparación de la motocicleta, estimando un total de 3 días por búsqueda de repuestos y traslados, lo que resulta en un periodo de privación de uso que se estima en la suma de MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1200) a razón de cuatrocientos pesos por día, todo ello en mérito al art. 245 CPCC. No procede el daño por desvalorización por no haber sido presentado para su inspección la motocicleta. El rechazo de este daño no incidirá en las costas atento a la insignificancia (art. 252 CPCC) 20.- En relación a los intereses, cabe señalar que el daño moratorio deviene del retardo en el cumplimiento de la obligación y se traduce, en general, en la determinación de una tasa de interés que cubre dicho

daño; a diferencia del interés compensatorio, el que deviene del uso de capital; en consecuencia, en el caso, el interés a fijarse representa la reparación por el daño derivado de la mora, una sanción por el incumplimiento, no un interés compensatorio por el uso del capital. En el sentido indicado, expresa Galdós que "En el ámbito extracontractual el daño ... moratorio el que deriva de la mora o retardo en su pago (los intereses adeudados durante la tardanza) y a partir desde que se produjo cada perjuicio? (José María Galdós: Código Civil y Comercial Comentado, Dir. Ricardo Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, T VIII, 2015, Santa Fe). En la inteligencia indicada, la tasa fijada por el Tribunal tiene por fin reparar el daño moratorio, y no compensar el uso del capital, y por ello, no implica un enriquecimiento indebido en cabeza del acreedor; por el contrario, una tasa pura, no cumple con su función de reparar el daño padecido por la víctima. Por otra parte, la CSJSF expresó que "En efecto, los jueces de baja instancia fijaron el rubro indemnizatorio a la fecha de la sentencia, junto con la tasa promedio activa y pasiva mensual (en concepto de intereses moratorios) y el doble de la misma (en concepto de intereses punitivos) y, sabido es, que dicho tópico configura una cuestión de índole fáctica y procesal, en principio ajena a la instancia extraordinaria, (...) en el caso concreto la ponderación de los rubros y la aplicación de las tasas respectivas no lucen irrazonables ni confiscatorias como para merecer reproche constitucional. (...) máxime cuando el tema involucrado obedece a procesos esencialmente cambiantes que reclaman la búsqueda por parte de los tribunales de justicia de instrumentos idóneos a fin de proteger adecuadamente la concreta vigencia de los derechos constitucionales comprometidos, tanto del deudor como del acreedor. (...) Por último, respecto a los agravios atinentes a la causal de apartamiento de la interpretación que a idéntica cuestión de derecho haya dado una Sala de la Cámara de Apelación de la respectiva Circunscripción Judicial, vinculado con la tasa de interés, aun aceptando la existencia de Salas con otro criterio al que se siguió en este caso, no se colige de ello que de la solución dada en los presentes se llegue a un resultado económico de montos indemnizatorios desproporcionados e irrazonables, ajenos al realismo económico que debe primar en estas decisiones." (CSJSF, A y S t 241 p 143-146, Santa Fe, 16/08/2011, "ECHEIRE, Pilar contra MACHADO, Marcelo y otros -Daños y perjuicios-Expte. 105/10)", Expte. C.S.J. N° 482, año 2010). El capital de condena devengará un interés desde el día del hecho y hasta el vencimiento del plazo que la normativa aplicable otorga para el pago (Ley N° 7.234) equivalente al promedio entre tasa activa (promedio mensual efectivo para descuento de documentos a 30 días) y tasa pasiva (promedio mensual efectivo para plazo fijo a 30 días según índices diarios) sumada, del Nuevo Banco de Santa Fe S.A. (índice diario). En caso de incumplimiento a los términos del procedimiento de cancelación de sentencias referido y lo dispuesto por el Decreto 953/2011, hasta su efectivo pago, el capital devengará el doble de la tasa.

21.- Las costas se imponen en función del vencimiento objetivo a la parte demandada Municipalidad de Rosario en mérito al art. 251 CPCC Las costas del rechazo por la pretensión incoada contra ASSA, no se imponen a la actora atento lo expresado por la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe "En los procesos por indemnización de daños la condena por costas integra el resarcimiento aunque la demanda no prospere totalmente?"(25) Corresponde por tanto imponerlas por su orden en atención a la regla normada por el art. 250 CPCC Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, al resolver el recurso de inconstitucionalidad declarando su procedencia, en los autos "Bedouret, Jorge J. C/ Empresa Provincial de la Energía y otro - Apremio- S/ Recurso de Inconstitucionalidad? Expte. CSJ. N°15/10, al hacer suyos los fundamentos expresados por la parte recurrente y sostener "en lo que atañe al trabajo profesional desplegado por cada codemandado en su defensa, no es aplicable tal solidaridad debiendo soportar sus costas pertinentes en su defensa cada litigante, esto es ... entre sí, el régimen será respetando el principio general del art. 250 del CPCC: por su orden.(26) Por todo lo expuesto y lo preceptuado por los art. 1111, 1112, 1113 y conc. del C.C, art. 7, 1741, 1746 CCC y art. 251, 555 y conc. del CPCC., el TRIBUNAL DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL N° 1 de ROSARIO, RESUELVE: 1) Hacer lugar a la demanda y en consecuencia condenar a la parte demandada MUNICIPALIDAD DE ROSARIO a abonar a la parte actora HERNAN GERARDO AGUILAR Y ALEJO IVAN BOUSSY dentro del plazo establecido en los considerandos, la suma de PESOS DOSCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS SESENTA (\$211.660.-), con los intereses allí determinados. Costas a la demandada. 2) Rechazar la demanda incoada contra ASSA, con costas por su orden. 3) Los honorarios se devengarán por auto No encontrándose presentes las partes para la lectura, notifíquese por cédula. Con lo que se dio por terminado el acto. DRA. MARIANA SILVIA VARELA DRA. JULIETA GENTILE DRA. SUSANA IGARZABAL DR. JUAN CARLOS MIRANDA

Notas:  
(\*) Sumarios elaborados por Juris online (1) Fallos 307;2216 (2) CSJN Newton  
María Soledad? 12/2/02 Fallos : 325:162 (3) CSJN Mallmann Arturo Julio y/o c( Estado Nacional s/ Proceso de  
conocimiento? 26/10/99 Fallos 322:2525 (4) Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala  
IV, MMI c/MC s/ Prescripción Adquisitiva, Expte 78263/12, El Dial AA90D1 (5) Kemelmajer de Carlucci,  
Aída, El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, en LL del 22.4.15, p.1  
cita on line AR/DOC/1330/2015; relativizando en parte tal razonamiento, p.c Rivera Julio César, Aplicación del CCyC a los  
procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso, en LL 4.5.2015 (6) CSJN

autos D.I.P.V.G y otros c/ Registro del Estado Civil y Comercial de las Personas s/Amparo, 6/8/15. CIV 34570/2012/1/RH1  
(7) CSJN Fallos 314:1505- UTOS o Mill Allan v Provincia de Neuquén (8) Zavala de González  
Matilde, Personas, casos y cosas en el derecho de daños, ed. Hammurabi, BA, 1991, p 67 (9) Zavala de  
González, Matilde, ob. Cit. p 62 (10) CSJSfe.: A y S T222, p.76/83 ? Steeman Oscar c/ Frigorífico Paladini SA  
s/ Daños y Perjuicios. 19/9/07 (11) CSJN ?Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y/otra s/ Daños y  
Perjuicios? 1/12/92- lexisnexis 272571 (12) CSJN autos ?Pose (13) Zavala de González  
Matilde, ob. Cit. p. 62 (14) - "Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) por  
conducto del Ministerio de Interior de la Nación" - CSJN - 18/09/2007 (15) CSJN Mazoni c/ Provincia de Jujuy,  
23/12/2004 (16) Amenabar, María del Pilar, Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, ed  
Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2008, p229 (17) - "Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder  
Ejecutivo de la Nación) por conducto del Ministerio de Interior de la Nación" - CSJN - 18/09/2007 (18)  
"PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA EN J: TORRES FRANCISCO c/ PROVINCIA DE MENDOZA s/ DAÑOS Y  
PERJUICIOS - INCONSTITUCIONALIDAD - CASACION" - Fallo: 89199141 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 -  
Sala: 1 - Mendoza - 1989/04/04 (19) Sup. Corte de Buenos Aires08/03/2007González, Marcelo Adrián v.  
Municipalidad de Vicente López s/ Daños y perjuicios (20) C. Nac. Civ. Sala E, Pavone c/ Impsat  
7/5/09-lexisnexis 70053317 (21) Conf, Ciuro Caldani, Miguel Ángel, LA responsabilidad por daños desde la  
Filosofía del derecho en AAVV Derecho de Daños, BA, La Rocca, p.317 yss (22) Conf. Galdós, Jorge Mario, en  
Lorenzetti, Ricardo Luis-Director- Código Civil y Comercial de la Nación comentado Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, tomo VIII  
pags. 522 yss (23) Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala 4, autos Vansteenskiste, Ester c/ Diaz Gómez,  
Hugo s/ Daños y perjuicios?, expíe 384/14 Auto N° 228 del 28/7/15 (24) (29/12/93, ?Suligoy, Nancy c/ Pcia de  
Santa Fe s/ Rec. Contencioso administrativo de Plena Jurisdicción?, A y S, T 105, pag 171/191 (25) CSJSFe,  
autos ?FBL s/ Recurso de Inconstitucionalidad? 8/9/04 lexisnexis 18/25698, (26) CSJSF, A Y S. T237, p.  
159-164 018373E