

Actividad Riesgosa Tirolesa Accidente Responsabilidad Objetiva Obligacion De Seguridad

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Actividad riesgosa. Tirolesa. Accidente. Responsabilidad objetiva. Obligación de seguridad Se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios que sufriera el accionante como consecuencia del accidente ocurrido en el predio destinado a servicios turísticos, de propiedad de la accionada, al golpear su pie en el momento de iniciar el descenso por un cable carril tipo ?tirolesa?. Se atribuye un 50% de responsabilidad en la causación del hecho al actor.

En la ciudad de Azul, a los trece días del mes de Diciembre del año Dos Mil Dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi y Víctor Mario Peralta Reyes, encontrándose excusado a fs.830 el Doctor Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: ?García Martín Guillermo c/ Rossi Walter Ignacio y ot. s/ Daños y Perjuicios? (Causa N°60979) habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dra. LONGOBARDI y Dr. PERALTA REYES .

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -CUESTIONES- 1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.773/782? 2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION- A LA PRIMERA CUESTION, la Señora Juez Doctora LONGOBARDI, dijo: I). La demanda de autos fue promovida por el Sr. Martín Guillermo García contra Walter Ignacio Rossi por la suma de \$ 192.500, y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más intereses, costos y costas (fs.67 vta.) en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente ocurrido el 19/9/2008 en el predio destinado a servicios turísticos y campamento educativo de propiedad del nombrado, ubicado en cercanías de la ciudad de Tandil, con la denominación comercial de ?El Rancho de Popy?. Narró que entre los días 19 al 21 de septiembre de 2008, concurrió en su calidad de profesor de educación física, acompañando junto a otros docentes un contingente de alumnos del Colegio Children's Schools - MB Educativa SRL a realizar un campamento recreativo. Sostuvo que el día 19/9, luego que los alumnos del contingente finalizaran de realizar una de las actividades del lugar, consistente en deslizarse por una pendiente de 100 mts. y a una altura de 20 mts., en un cable carril del tipo ?tirolesa?, procedió a su turno a descender y sufrió un accidente -fractura bimalleolar de tibia y peroné- como consecuencia de haber golpeado su pie en el momento de iniciar el descenso, con un saliente o reborde de la plataforma de madera, por habérsele colocado la cuerda sin la debida tensión acorde a su mayor peso corporal y estatura que los alumnos. Que sufrió una severa lesión de tobillo, debiendo ser trasladado a Mar del Plata con intervención de la ART actuante, Consolidar A.R.T. S.A., para ser operado, colocándosele una placa con clavos, soportando inmensos sufrimientos físicos que describe. Debió permanecer enyesado hasta su traslado a la Clínica Santa Isabel de la ciudad de Buenos Aires el 9/10/08, donde el 23/10/08 debió serle retirado el yeso por un intenso dolor, se determinó que tenía formaciones tromboticas causantes de gran dolor en el miembro inferior izquierdo lesionado, por lo que debió ser sometido a un tratamiento de anticoagulación, asimismo debió ser reoperado para el retiro de los elementos colocados para reducir la fractura. De resultados de todo lo cual reclama indemnización por una secuela incapacitante del 40 al 50%; como así también daño moral, daño psicológico y daño estético. La demanda fue luego ampliada contra la Sra. Ana María Verellén, cónyuge del Sr. Rossi (fs.113 y vta.). Contestada la demanda por ambos (fs.179/201) con patrocinio del Dr. Julio José Julián Meiller Castro, éste opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la Sra. Verellén y solicitó la citación en garantía de ?Nativa Compañía Argentina de Seguros S.A.?. Contestó asimismo la demanda el Dr. Meiller Castro en representación de la citada en garantía, con patrocinio de la Dra. Marina Fal, adhiriendo a la contestación de los demandados y solicitando el rechazo de la acción (fs.250/251 vta.). Invocó la franquicia de la póliza vigente, adujo culpa del demandado en la producción del accidente por haberse deslizado dado vuelta hacia atrás mientras filmaba el descenso, contraviniendo las indicaciones dadas, y afirmando que en todo momento se respetaron las precauciones atinentes al descenso, siendo irrelevante el mayor tamaño y peso corporal del accionante para el ajuste de correas de sostén (fs.187/193). II). Transitada la etapa probatoria, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Ana María Verellén; asimismo acogió la demanda, condenando a Walter Ignacio Rossi a abonar al actor en concepto de indemnización por los daños sufridos, la suma de \$ 140.000, con más intereses desde la fecha del hecho, e impuso las costas por la excepción admitida, al actor, y por la demanda que prospera, al demandado Rossi; la que hizo extensiva a la citada en garantía. Contra dicha sentencia se alzaron ambas partes: la actora, cuyo recurso de apelación (fs.785), fue concedido a fs.786 y fundado mediante el memorial de agravios que luce a fs. 801/808; y la parte demandada (fs.783) y la citada en garantía (fs.787), siéndoles concedido el recurso a

fs.784 y 788 y fundado a fs.809/818; mereciendo réplica de la actora a fs.820/823. III). La parte actora se agravio por el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la co-demandada Ana María Verellén; por el rechazo del daño estético y por lo reducido del monto asignado en concepto de daño moral. La parte demandada y la citada en garantía se agravaron de la admisión de la ?total, íntegra, absoluta y exclusiva? responsabilidad de su parte, fundada por el sentenciante en el supuesto incumplimiento del ?deber de seguridad? de la demandada. Asimismo, en forma subsidiaria y para el supuesto de ser confirmada la sentencia, se agravaron por los montos asignados por indemnización, por considerarlos elevados. Cumplidos los restantes pasos procesales, encontrándose firme el llamamiento de autos (fs.829vta.) y practicado el sorteo de ley, se encuentran estos autos en condiciones de ser abordados para el dictado de la pertinente sentencia. IV). Por razones de orden lógico, abordaré en primer término los agravios del actor por el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada Ana María Verellén; para proceder luego a la consideración de los agravios de la demandada y la citada en garantía, por referirse a la atribución de responsabilidad exclusiva del siniestro al demandado Rossi; y finalmente -en su caso- proceder a analizar los rubros y montos de condena. Respecto a la excepción de falta de legitimación pasiva, la queja de los actores se centra en lo que ellos denominan omisión de merituar la prueba documental y testimonial obrante en autos, que acreditaría no sólo la condición de cónyuge de la Sra. Verellén respecto del Sr. Rossi -lo que en absoluto ha sido puesto en dudas-, sino su condición de empleadora de los testigos deponentes en autos que resultan ser empleados del campamento recreativo donde ocurrió el accidente. Citan para ello los dichos de los testigos Safenreiter, que al ser interrogado por las generales de la ley nombra como ?su jefa? a la Sra. Verellén; al testigo Calabrés, que a igual pregunta responde que ambos -el Sr. Rossi y la Sra. Verellén- son sus empleadores; y al testigo Aldasoro (fs. 408/9), quien dice que la Sra. Verellén es la ?dueña? del lugar donde el testigo trabaja. A mi criterio este agravio no puede prosperar; ya que lo que los apelantes califican de ?omisión de merituar?, en realidad es una discrepancia subjetiva con el criterio del sentenciante, que no ha considerado con ello probado el carácter de propietaria del establecimiento atribuido a la esposa del titular del mismo, Sr. Rossi. En efecto, en el contexto en que estas manifestaciones han sido efectuadas, esas preguntas tienden a aclarar la relación de los testigos con las partes del juicio a los fines de la mayor o menor credibilidad o subjetividad de que pudiera estar teñido su testimonio; y si bien los empleados-por el rol activo que la Sra. Verellén haya tenido en la actividad o negocio de su esposo-, pueden considerarla como ?dueña? o ?empleadora?, esta creencia y estas manifestaciones, sin acompañamiento de prueba documental que la acredite como co-titular del emprendimiento comercial, carecen aquí de la relevancia que el actor pretende asignarles. Que la Sra. Verellén se ocupe de controlar la comida, o la decoración para que los ambientes estén lindos (fs.411, testigo Harguindeguy), o que esté presente con su esposo en el momento de efectuarse la pericia técnica de ingeniería en el predio, no basta para afirmar circunstancias que sólo pueden ser probadas con la habilitación municipal del lugar. Se trata de un negocio propio de administración reservada al marido Sr. Walter Rossi, y no puede asignársele otra titularidad a la actividad que él desarrolla, ya que no hay ninguna documentación ni disposición legal que le asigne a la Sra. Verellén el carácter de socia. No resulta suficiente para ello la colaboración o presencia de la Sra. Verellén en el predio, pues ninguna consecuencia o efecto legal emerge de ello. No resulta suficiente que los empleados la consideren ?dueña? a la esposa del ?dueño?, si no se han acreditados los extremos necesarios para asignarle la calidad de co-titular del emprendimiento (habilitación municipal,-planificación de actividades-poder de dirección-compra de insumos para la actividad-etc), excediendo el simple carácter de colaboradora de su esposo en la actividad comercial de éste. De igual manera, la falta de mención a la confesional ficta, en el contexto probatorio aludido, no resulta suficiente para rebatir el argumento del juzgador de que no ha producido ninguna prueba de que la Sra. Verellén resulte titular del inmueble o que la actividad se encuentre habilitada a nombre de la excepcionante. Esto resulta decisivo para confirmar el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada Verellén(art. 384 CPCC). V). Los agravios de la demandada y de la citada en garantía. a) Sostienen la demandada y la citada en garantía, que la sentenciante le atribuye al demandado Rossi la responsabilidad total, íntegra, absoluta y exclusiva en el accidente, aludiendo a un supuesto incumplimiento del deber de seguridad de su parte; deber que supone y se complementa con el de información, puesto que la persona que va a participar de la actividad debe conocer además las maniobras a realizar o evitar en cada caso para que la práctica sea segura, pero no se agota en ello, ya que no se satisfizo tal deber de seguridad con el simple arbitrio de advertir al accionante que no podía descender filmando, cuando ya tenía todo el equipo para el descenso colocado y se encontraba en la plataforma de descenso listo para iniciar la actividad. Pasa revista el apelante a la condición de profesor de educación física del actor, que previamente había visto cómo descendían sus 53 alumnos, niños de entre 10 y 12 años de edad, ninguno de los cuales sufrió percance alguno. Que en tal sentido las cualidades y conocimientos específicos de un profesor de educación física no podían pasar desapercibidas para el sentenciante, ya que su presencia era una garantía de cuidado y seguridad para los padres. Que sin embargo, lejos de ello -y en violación del art. 902 de Cód. Civil- (?cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas...?) el juzgador pretende eximir al actor de la conducta que era dable esperar, no ya de un hombre medio, cuanto más de quien debía poseer conocimientos específicos

superiores al de cualquier ?hombre medio?. Cuestionan la apreciación -que dicen parcializada-, de los dichos de la profesora Soto, como también que el juzgador sostenga que los profesores de ?El Rancho de Popy? a cargo de la actividad, nada hicieran para impedirle al actor ingresar a la plataforma de salida cámara en mano. En este sentido, afirman, lo único que podía hacer la profesora Soto era forcejear con el actor para despojarlo de la filmadora, con lo cual el incidente no habría ocurrido. Conducta, agregan, inverosímil e ilógica que el juzgador pretendió hacer recaer sobre la profesora Soto para desplazar lo que califican de ?exclusiva y excluyente responsabilidad del actor derivada de su gravísimo incumplimiento?. Continúan diciendo que la Sra. jueza a quo ha acudido al genérico ?deber de seguridad?, -que no se invocó ni se acreditó- porque el actor no ha probado los hechos alegados en su demanda. Agregan que ninguno de los dos pilares argumentales en que se basó la demanda, fueron probados, a saber: a) falta de pericia o negligencia del personal del Rancho de Popy, al no tensionar debidamente la cuerda para el descenso, de acuerdo al peso y altura del actor; y b) existencia de un riesgo cierto, un zócalo al final del recorrido de la tarima, que después del recorrido habría sido retirado por la demandada. Se remiten para ello al resultado de la pericia de ingeniería mecánica (fs.691/694), de la cual no surge ningún problema técnico ni tampoco la existencia del elemento riesgoso o vicioso (zócalo) en la plataforma del descenso. Reiteran que de esta manera el juzgador pretendió suplir, acudiendo al deber de seguridad supuestamente incumplido, la negligencia e imprudencia del actor, nada menos que un profesor de educación física, que intentó el descenso con una cámara filmadora en mano y una postura corporal viciosa, desconociendo las advertencias e indicaciones previas dadas a sus propios alumnos; lo que redundó en su exclusivo perjuicio. Refieren asimismo- para desvirtuar la atribución de responsabilidad-, los numerosos y permanentes cursos acreditados que realiza periódicamente todo el personal, al igual que la certificación del campamento con la normas de seguridad IRAM, también acreditado (fs.237).

b) La queja de los demandados abarca dos aspectos: uno es la responsabilidad total y exclusiva del Sr. Walter Rossi como propietario de ?El Rancho de Popy?, basada en la obligación de seguridad como titular de la actividad recreativa en cuyo transcurso se produce el accidente del Sr. García. La otra es el desconocimiento por parte del juzgador, de la prueba rendida y en particular, la falta de prueba de los hechos alegados por el actor en su demanda como causantes del suceso dañoso.

b.1) Respecto al deber de seguridad, se impone recordar que no es un hecho que deba ser probado por las partes, sino una obligación ínsita en la actividad del contratante que presta -en el caso- un servicio turístico o recreativo: que las personas que concurren al predio a realizar tales actividades, resulten indemnes; es decir, no sólo debe prestarles el servicio contratado, sino que debe garantizar que como consecuencia de tal actividad no sufrirán daño alguno. La doctrina de nuestro Suprema Corte provincial dice que ?más allá de la existencia de fuente contractual reconocible, la obligación de seguridad se ha convertido en un principio general en el derecho de daños, como obligación de Estado, las empresas y los particulares, en orden a la ?prevención? o ?anticipación? de causales de incertidumbre, riesgo y daño (individual, colectivo y social), y con el deber de reparación integral para el supuesto del daño como frustración al desarrollo pleno de la vida en los derechos económicos y extraeconómicos de los seres humanos? (SCBA, C. 92067 ,sent. del 14/09/2011 ?M.H.A. c/ F.A. s/ Daños y Perjuicios?). Y en un caso que guarda similitud con el de autos, por haberse desarrollado en un pelotero, se dijo que ?...los eximentes de responsabilidad son únicamente los propios de la responsabilidad objetiva o de las obligaciones de resultado, esto es la prueba de la propia culpa de la víctima o el hecho fortuito por el que no se debe responder. El público que asiste a un pelotero lo hace con la finalidad de permitir que sus hijos pequeños participen en los juegos que la empresa habilita a tal fin para su esparcimiento. Es así que en dicho marco, está obligada a asumir por su actividad, un deber secundario de velar porque no se produzca ningún daño en la persona o los bienes de quienes concurren a su establecimiento? (Cam.Civ.Com.Junín, Causa 49983 ?Wasniowsky Gisela Vanina y Ot. c/ Rosetti Claudia Alicia y Ots. s/Daños y Perjuicios?, del 09/06/11; Cam.Civ.Com. Dolores, Causa 85139, ?Mendez Christian c/ Complejo Ku El Alma y Ots. s/ Indemnización por Daños y Perjuicios?, del 27/11/07; Cam.Civ.Com. 2 Sala 2 La Plata Causa 106833, ?Giglio Ernesto D. c/ Orsogna S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios?, del 28/11/06; entre otras; el destacado me pertenece). De modo que carece de entidad como agravio que el sentenciante recurra al deber de seguridad para fundar la responsabilidad, porque se trata de un deber secundario de conducta impuesto por la doctrina legal imperante.

b.2) Distinto análisis amerita la consideración de si la conducta de la víctima tuvo efectos interruptivo, en forma total o parcial, en la relación causal o factor de atribución del daño; como también, si el actor ha probado los hechos en base a los cuales atribuye la total responsabilidad en el daño al demandado Rossi; cuestiones ambas que pasará a analizar.

El sentenciante de grado encuadró el hecho en un supuesto de responsabilidad contractual, lo que fue consentido por ambas partes. En este ámbito, la responsabilidad surge, según dice Matilde Zavala de González, de un vínculo anterior entre el responsable (deudor) y la víctima (acreedora), y el daño resulta, precisamente, del incumplimiento o mal cumplimiento de la obligación específica que se había contraído (aut. cit., Resarcimiento de Daños, T. 4, Ed. Hammurabi, pg.91). Recordemos que aunque en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994 y modif.) se ha concretado la unificación del régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por imperio del art. 7° de dicho cuerpo normativo los hechos producidos durante la vigencia del anterior Código Civil se rigen por las disposiciones de este último, resultando aplicable la

doctrina vigente acerca de los presupuestos de la responsabilidad: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución. No obstante lo cual también resulta de aplicación como pauta orientadora, la regulación unificada de la función resarcitoria de la responsabilidad, regulada por el art.1716 C.C.C.N., que señala que la reparación del daño surge tanto del deber de no dañar a otro como del incumplimiento de una obligación (Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., ?Responsabilidad por Daños?, C.C.C.N., Ed. Rubinzal-Culzoni, T.III, pág.9). En relación a los daños provocados por actividades riesgosas, como el que nos ocupa, se proyecta el riesgo creado como factor de atribución, más allá de las cosas, a cualquier actividad humana que sea peligrosa. El factor de atribución es objetivo, por el defectuoso funcionamiento de la actividad, aun cuando no exista culpa in eligendo ni in vigilando, ni se demuestre una culpa organizativa en la empresa a cargo de la actividad. Por ello es que al empresario no se le atribuye el hecho de otro, sino que se le imputa, o bien una culpa personal o bien que el servicio que él creó no funcionó, o funcionó mal o defectuosamente; por lo cual, aunque no se identifique al dependiente, ni se pruebe una culpa individualizada, igualmente se lo hace responsable si se acredita que la causa del daño se encuentra en la organización humana que él titulariza (Zavala de González, ob. cit., pags. 607/8 y ss). En este sentido, resulta irrelevante la falta de prueba de si los empleados de ?El Rancho de Popy?, responsables de la actividad, habían o no ajustado debidamente las correas del descenso, acorde al peso y tamaño corporal del actor, de mayor envergadura que los alumnos, y por ello éste se enganchó el pie al iniciar el descenso, en la plataforma; o si ésta tenía un reborde saliente-que luego fue reemplazado- en la estructura de madera, provocando el golpe que ocasionó la lesión. Lo relevante en el tema es que el demandado, propietario de ?El Rancho de Popy?, ofrecía entre sus actividades este descenso en ?cable carril o tirolesa?, y entre sus obligaciones, además de la prestación del servicio, se encontraba este deber secundario de seguridad, ínsito en toda actividad empresarial pero más aún en una actividad que todos reconocen implica cierto riesgo: descender por una pendiente de más de noventa metros, suspendido a varios metros de altura, enganchado en cuerdas de protección. Para ello se imparten precisas instrucciones, y según afirmara el demandado y corroboraron los testigos, en doce años de actividad se realizaron unos ocho mil o diez mil descensos por año, sin que ocurriera nunca un accidente. Aún así, no obstante, el demandado debe responder si en el caso concreto se produjo un accidente, aunque las instalaciones hayan estado en perfecto estado (lo cual surge de la pericia del Ing. Paz, fs.691/694) y el personal haya brindado todas las explicaciones necesarias, y aunque en doce años una estimación cercana a cien mil personas, gran parte de ellas niños y/o adolescentes de colegio primarios, secundarios y colonias de vacaciones, hayan pasado por sus instalaciones sin percance alguno. En este sentido, resultan insuficientes los agravios para desvirtuar las argumentaciones de la sentencia en torno al deber de seguridad que ha afectado la prestación durante la ejecución del contrato, integrante de los llamados deberes secundarios o auxiliares de conducta, que van más allá de la prestación que tipifica el contrato. El argumento principal de la sentencia en el sentido de que se trata de una práctica de una actividad de cierto riesgo, pero que, realizada con la infraestructura y con el equipo adecuado, (considerando que está dirigida principalmente a niños), no reviste riesgo alguno, y que las personas la realizan para divertirse sin correr riesgo, lo que conlleva la obligación de seguridad del prestador, no ha sido adecuadamente rebatido. El apelante no explica ni fundamenta por qué no resultaría aplicable al caso este deber de seguridad, y por el contrario, afirma que el deber de seguridad al que el juez ha ?echado mano? no ha sido probado. El juez ha fundado adecuadamente la responsabilidad del prestador del servicio, en el incumplimiento de ese deber secundario de conducta o deber de seguridad, de índole objetiva, reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia y que no requiere prueba por no tratarse de una cuestión de hecho; por consiguiente no resulta crítica suficiente para abastecer esta parcela del recurso (art.260 C.P.C.C.). c) Otro punto diverso resulta el análisis del juzgador respecto a la posible interrupción del nexo causal por culpa de la víctima (Consid. IV, fs.778vta.). En materia contractual, y al no tratarse de una actividad extraordinariamente riesgosa, en que la obligación del prestador del servicio contratado pasaría a ser de medios y no de resultado (por el riesgo anormal o extraordinario asumido por el usuario de la actividad, que toma éste a su cargo), el empresario que lucra con la actividad, para poder eximirse de responsabilidad debe probar la culpa de la víctima o el caso fortuito. El a quo afirma que no está probada la versión de los hechos aportada por el demandado, que la lesión del accionante se produjo en un momento anterior al descenso por encontrarse con su cuerpo girado hacia atrás y con su pie rotado, sin prestar ningún tipo de cuidado o atención exclusivamente concentrado en filmar, posición incompatible con el descenso que, sumado a la acción de la fuerza de gravedad del cablecarril, desembocó en la lesión y fractura de tobillo. Da por acreditado con el DVD conteniendo fotos y filmaciones aportadas por el actor, (al que ambas partes hacen referencia), que efectivamente éste estaba filmando al emprender el descenso, pero que no surge que estuviera rotado en sentido opuesto a la salida, o filmando a la profesora Soto. Agrega que si el demandado pretende que la sola circunstancia de filmar -más allá de ser una actitud imprudente o desaprensiva- tuvo aptitud causal para provocar el daño, debió haber producido prueba adecuada para demostrarlo, lo que no puede inferirse lógicamente del sólo hecho de encontrarse filmando. Sin caer en el argumento retórico del demandado en el sentido que el juzgador pretende que la profesora Soto le hubiese arrebatado la cámara o filmadora, forcejeando, considero que hay pruebas suficientes de una conducta descuidada, negligente, desaprensiva del actor, profesor de

educación física a cargo de velar por la seguridad de un contingente de 53 niños, al realizar la actividad del descenso en ?tiroleza?; con aptitud suficiente para interrumpir parcialmente el nexo causal y con ello, disminuir la responsabilidad del demandado derivada de su innegable deber de seguridad como empresario titular de una actividad de cierto riesgo. Le asiste en este aspecto razón al apelante, cuando invoca el art. 902 Cód. Civil: la víctima del daño es un profesor de educación física que había participado, con éste y otros colegios en los que trabajaba, en numerosos campamentos recreativos y había concurrido a éste con anterioridad en más de una ocasión. Estaba a cargo de velar por la seguridad de los niños a su cargo, lo cual implica que debía conocer sin lugar a dudas, los riesgos que entraña una actividad de este tipo. El riesgo de la actividad surge acreditado por la descripción del Protocolo Técnico agregado por el perito Ing. Paz (fs.677/691), y de las mismas fotos tomadas por García del descenso de sus alumnos en los minutos previos al accidente: se ve en varias fotos del DVD aportado como prueba por el actor, que los niños descienden en grupos de a dos, y de acuerdo a lo explicado por la profesora Soto (explicaciones también fotografiadas por el actor) y lo que surge del Protocolo de Seguridad de El Rancho de Popy ya citado (fs.684/685), debían mantener una mano en la cuerda exterior, y abrazarse con el otro brazo al compañero. Si descendía una sola persona, debía tomarse con ambos brazos de las dos cuerdas exteriores. Además de ello, se les había indicado que al llegar al final de la plataforma de madera, debían dar un paso largo para comenzar a descender con el cuerpo suspendido en el aire; maniobra que aparentemente no pudo realizar el actor, según él porque enganchó su pie en un saliente, según el demandado porque estaba girado hacia atrás filmando. Pues bien, encuentro que la actitud del accionante, en las circunstancias descriptas, y según el audio que surge del video por él aportado, fue de distracción y descuido, en un exceso de confianza o desaprensión, o de ambas, que le resultó perjudicial y que tuvo virtualidad para interrumpir, al menos parcialmente, el nexo causal. Se escucha en los segundos previos al accidente en este video la voz del accionante totalmente distendido y jocoso, en diálogo con una voz femenina no identificada (podría ser la testigo Bayador, que venía descendiendo detrás de él, fs.609/610, quien además declaró que ?en el accidente no hubo relación alguna entre el arnés y que se haya enganchado el pie? (fs.609 vta., respuestas a la 10ª pregunta). Si el actor reconoce que al mismo tiempo estaba filmando, es evidente que se deslizaba tomado sólo de un brazo, lo cual, aunque no se encuentre probado que estuviera girado hacia atrás para filmar a la profesora Soto, fue suficiente para desbalancear el cuerpo al comenzar el descenso suspendido en el aire, y provocar el golpe del pie contra la plataforma. No existe manera de que el actor haya estado al mismo tiempo tomado de las dos manos, concentrado en mirar el final de la plataforma para dar el paso largo en el aire respetando las indicaciones, y a la vez filmando el descenso. Esto resulta acreditado por las conclusiones del peritaje (fs.693 vta.). Encuentro allí una culpa -negligencia o imprudencia, art. 512 del Cód. Civil- de la víctima, por el solo hecho de iniciar el descenso sacando fotos y filmando, al mismo tiempo que conversa con una persona ubicada presumiblemente detrás suyo, a quien pocos segundos después se escucha decirle que se ha fracturado el tobillo. El motivo por el que esta conducta descuidada o desaprensiva de la víctima interrumpe sólo parcialmente el nexo causal, radica en que la obligación de seguridad, llevada a su extremo como obligación de resultado (por tratarse de una actividad de cierto riesgo), imponía haber previsto inclusive que una persona descuidada, distraída -o muy confiada de sí misma por su propia actividad profesional-, realizara el descenso sin asirse con ambas manos o sin dar el paso largo en el aire al final de la plataforma. La plataforma, aunque no esté probado que haya tenido la saliente que aduce el actor, debería haber estado adaptada de modo tal que nadie pudiese recibir un golpe en el pie, sin importar la posición adoptada por el cuerpo o por desoír las instrucciones. Resulta un indicio sugerente, que de los dichos de los testigos empleados del lugar y de la pericia de ingeniería, surge que luego del accidente, la plataforma de salida fue modificada (art. 384 CPCC). Tampoco debería haberse permitido el ingreso de personas con cámaras de foto o filmadoras o aún teléfonos celulares en la mano. Estos aparatos electrónicos inciden desfavorablemente en la actividad a realizar, aunque más no sea por la distracción que ello implica, y que en el caso concreto, asimilo a la distracción que representa hablar por teléfono celular mientras se conduce: se puede ser un muy avezado conductor pero, en algún, momento, la mente humana no puede procesar simultáneamente las indicaciones para dos actividades diversas, y en esa fracción de segundo, es que ocurre el accidente. Respecto a la interrupción del nexo causal en materia de obligación contractual tácita de seguridad, se ha pronunciado en un caso nuestro Superior Tribunal (por mayoría) diciendo que el dueño del establecimiento (una confitería bailable) ?asumió una obligación de seguridad enderezada a preservar la integridad física de los concurrentes a la misma. Dicho deber de seguridad reviste naturaleza objetiva, razón por la cual es absolutamente irrelevante todo intento de probar su no culpa en el cuidado y la vigilancia del establecimiento (doctr. Causa ?Lanzilotta, Humberto J. y otro c/Escuela del Sol y otro?, sent. de la CNC, Sala D,Cap. Federal del 18-III-1998, pub. En ?Jurisp. Argentina?, 27-I-1999, pg-40; SCBA, C. 103.306, 14-4-2004, Ac. 75111, ?Fernández, Fernan do c. Roll SRL y/o Soul Train s/Daños y Perjuicios, voto mayoría Dr. Hitters)?. En el mismo fallo, se sostuvo que ?se ha acreditado en autos la interrupción parcial del nexo causal por parte de la víctima (arts. 512, 1111 y 1198 del Código Civil)...en un cincuenta por ciento (50%) pues en ese porcentaje contribuyó a la producción del daño causado al inmiscuirse en una reyerta que le era extraña....?. (Causa 103.306, voto Dr. Pettigiani). Por las consideraciones apuntadas y por su participación en la interrupción del nexo causal, es que asigno a la

víctima un 50% de responsabilidad en el hecho dañoso, y el restante 50% de responsabilidad, por factor de atribución objetivo por incumplimiento al deber de seguridad, al titular de la empresa donde se realizó la actividad riesgosa, el demandado Walter Ignacio Rossi (arts. 512, 1111, 1198 del Cód. Civil). VI) 1) Previo abordar los agravios atinentes a la cuantía de la indemnización, se impone una consideración acerca de la vigencia temporal de las nuevas normas del C.C.C.N. Resulta indiscutible que partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y como principio general, las mismas rigen para el futuro y no retroactivamente. La doctrina, interpretando el art. 7° del actual C.C.C.N. (sustancialmente análogo al art. 3 del Código Civil anterior) ha efectuado la distinción entre los hechos constitutivos de la relación jurídica, de sus consecuencias, derivaciones o efectos. Las relaciones jurídicas nacen, se modifican o se extinguen en virtud de hechos a los que la ley le asigna efectos generadores o constitutivos; estos hechos constitutivos (comprendidos de los modificatorios y extintivos), se rigen y son juzgados por la ley vigente al momento de producirse. En relación particular a los daños, se distingue entre la ley por la que habrá de juzgarse la etapa de determinación del contenido del daño, de la que corresponde utilizar para la cuantificación o determinación de la medida de esos mismos daños. Resulta útil la distinción entre los hechos constitutivos (o sus consecuencias ya agotadas con anterioridad a la vigencia de la nueva norma) de los efectos no consumidos o no agotados de los mismos hechos (ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed. Rubinzal Culzoni 2015, primera parte, La Norma general, ap.13. pgs.31/36), (esta Sala, causa n° 59625 ?Brazka, Carlos Jorge y o/s...? del 20/10/15; causa n° 60094, ?Brut, Damián...? del 15/12/15; causa 60.041 ?Diaz Daniel Dalmiro...? del 15/12/15; causa 60.346, ?Di Tomaso, Graciela Paulina...? del 10/7/16, Causa N° 60.922, ?Cuadra, Facundo...?, del 06/09/19, entre otras). Es por ello que la cuantificación de los daños asignados -cuya procedencia ha sido juzgada por la ley vigente al tiempo del hecho-, se ha de regir por las normas vigentes en la actualidad (art.7°, arts. 1738, 1739, 1740, 1741, 1746 y conss. del C.C.C.N.). 2) El demandado y la citada en garantía se agravan de la procedencia de una nueva indemnización, ya que el demandado percibió la que le correspondía como accidente de trabajo, circunstancia que dicen haber sido ocultada por éste, que percibió de su Aseguradora de Riesgos del Trabajo la suma de \$27.365, conforme surge del informe de fs. 468. También se agravan por los montos indemnizatorios establecidos en la sentencia, por considerarlos elevados (fs. 814vta./815). La primera de las críticas no reúne la mínima suficiencia para ser considerada crítica concreta y razonada de la parcela del fallo que cuestiona (art. 260 CPCC). En efecto, no indica en qué consiste el razonamiento erróneo del juzgador, ni tampoco cuestiona la deducción del monto percibido de la ART que indica la sentencia en crisis con sustento en el art. 4 de la ley 26.773, aspecto que ha llegado firme a esta instancia. Baste decir que el hecho dañoso del que nos ocupamos en estos autos, es anterior a la sanción de la nueva ley de accidentes de trabajo 26.773, y que la eliminación de la denominada ?doble vía?, introduciendo en su art. 4 lo que se conoce como ?opción excluyente u opción con renuncia?, se refiere al reclamo del trabajador ante el empleador (cfr. Alvarez Chavez, Víctor Hugo, Reglamentación de la ley 26.773 de accidentes de trabajo, ed. García Alonso, pgs. 79/80). En el caso de autos nos encontramos ante un mismo hecho aprehendido bajo dos regímenes de responsabilidad distintos, con distinta causa o factor de atribución (aunque coincidentemente en ambos casos el factor fue objetivo) y dos deudores diversos. La pretensión de autos se encamina a la indemnización de un hecho dañoso con base en la responsabilidad objetiva del dueño del establecimiento en el que se realizó la actividad en la que se produjo el accidente; en tanto que el reclamo a la ART obedeció a las circunstancias de la persona (docente en ejercicio de sus funciones), de tiempo y de lugar (mientras el actor se encontraba acompañando a un contingente escolar en una actividad recreativa). Por otra parte, pese a haber sido derogados los incs. 1, 2 y 3 de la ley 24.557 (que habían sido declarados inconstitucionales por la CSJN en numerosos pronunciamientos), el mantenimiento de la vigencia de los apartados 4 y 5 del art. 39, lleva a que nada se haya modificado en orden a la responsabilidad civil de terceros (cfr. Ackerman, Mario E., Ley de Riesgos del Trabajo, 2ª. Ed., Rubinzal Culzoni, pgs. 446/447). Por todo ello considero insuficiente esta parcela del recurso y por ende, inadmisibles (art. 260 CPCC). Respecto al agravio en cuanto al monto indemnizatorio por incapacidad parcial y permanente, ésta ha sido fijada en el 11% de la V.O.T, porcentual que llega firme a esta instancia y por el que se le asigna al actor la suma de \$90.000. Cuestionan que habiendo percibido -como dije- la suma de \$ 27.365 por el mismo porcentual de incapacidad, ahora se le asigna cuatro veces más ese importe, sin justificarse el motivo. Sobre el particular es de recordar -como dije en el apartado anterior- que resultan de aplicación a los montos indemnizatorios, las disposiciones del art. 1746 y ccs., del C.C.C.N. Se encuentra probado en autos -hecho admitido por la demandada- (art.358 C.P.C.C.), que el actor es un profesor de educación física que se desempeñaba en Colegios de la Ciudad de Buenos Aires. Empero, el actor no probó el monto exacto de sus ingresos, lo que dificulta la aplicación de fórmulas matemáticas. Si se estima como base de cálculo -considerando por comparación el salario de un docente secundario en plenitud de sus horas de trabajo (art.165 C.P.C.C.) con el equivalente a dos veces y media el S.M.V.M. vigente a la fecha del hecho (por lo reducido de este SMVM al año 2008); aplicando la fórmula ?Aciarri?, considerando un cien por ciento de posibilidad de incremento probable del 50% de sus ingresos desde los 50 a los 65 años (tope de vida útil laboral), y una tasa de descuento del 4% anual, tendríamos un monto indemnizatorio para el 11% de

incapacidad, de \$ 81.724,25. Aún en la hipótesis extrema de considerar como base salarial un salario mínimo vital y móvil actual, igual porcentual de incremento probable y tasa de descuento, tendríamos un monto indemnizatorio de \$ 171.620,93. Es presumible, pese a la falta de prueba en concreto, que un profesor de educación física debe percibir un salario superior al S.M.V.M. (art.165 C.P.C.C.). Dado la forma de apelación, entonces, y la falta de prueba concreta de los ingresos del actor a la fecha del hecho ni en la actualidad, el monto de \$ 90.000 asignado en la sentencia recurrida (para el 11% de incapacidad y por el total de la responsabilidad a cargo del demandado), por comparación con otros casos recientes de incapacidad parcial y permanente en que se utilizaron fórmulas matemáticas, para una persona de 45 años de edad, no aparece como elevado. Tampoco explica el apelante qué cálculos ha realizado para que le resulte elevado dicho importe. Sin perjuicio de ello, debe recordarse que al importe fijado deberá reducirse al 50%, atento el porcentaje de responsabilidad que por la presente se asigna a la propia víctima (ver Considerando anterior). Por consiguiente, evaluando las distintas fórmulas matemáticas explicitadas, considerando la falta de prueba de los ingresos reales y de los incrementos probables -aunque sí la actividad-, comparando con otros casos recientes de este mismo tribunal y dado la forma de apelación- se establece que el importe a abonar en concepto de indemnización por incapacidad parcial y permanente por la parte demandada y citada en garantía, por el 50% de responsabilidad que le ha sido atribuida, será de \$ 45.000 (Pesos Cuarenta y Cinco Mil) con más los intereses correspondientes a la tasa fijada en origen, que han llegado firmes a esta instancia. 3) Respecto a la suma de \$ 20.000 asignada en concepto de ?Daño psicológico?, se agravia de su procedencia y monto. Al abordar luego el rubro ?daño moral?, se cuestiona que se haya adjudicado separadamente del daño psicológico. Corresponde aclarar que este Tribunal participa de la corriente doctrinaria que considera que el daño psicológico no constituye ?per se? un rubro a indemnizar independiente, sino que integrará, o bien el daño patrimonial, en tanto haya dejado secuelas definitivas o secuelas transitorias de ?estrés postraumático?, que requieren tratamiento y en cuyo caso lo que se indemniza es el costo de ese tratamiento. Por el contrario integrará el rubro daño moral, contribuyendo a su incremento, en aquellos casos que el daño psicológico determine una lesión a la psiquis de carácter permanente. En este aspecto se ha dicho que, como regla, ?el daño psíquico puede influir tanto en la esfera del daño material como en la órbita del daño moral por lo que no cabe su determinación autónoma? (esta Sala, causa N° 52421, ?Vegetti, Gustavo y otra...?, del 05/11/08; en igual sentido, causas n° 52757, ?N., M. A....? del 13/08/09 y n° 54255, ?Carrizo, Fermín Osvaldo...?, del 26/08/10; Causa n° 57474 "Bonachi, Elsa Norma...?", del 23/04/14; esta Cámara, Sala I, causas n° 45.346, ?Alfonso...?, del 30/05/03; n° 53543, ?Philipp, Ricardo Norberto...?, del 04/02/10; n° 48717, ?Di Lorenzo...?, del 31/08/05; Causas 58009, 58010, y 58011, ?Ward Romina Vanesa...?, sent. Única del 09/10/14). causas N° 54530, ?Torres...?, del 23/08/11; N° 58124, ?De Arzave...?, del 21/04/14). Estando probado por la pericia psicológica (fs.574/575) la presencia de un estrés postraumático moderado que requiere tratamiento, en autos ha sido estimado este tratamiento, atendiendo a la frecuencia y cantidad de sesiones estimadas, y costo de las mismas, en el importe de \$ 20.000. Por lo expuesto no habiendo sido cuestionado adecuadamente la procedencia del tratamiento por daño psicológico, deberá admitirse el mismo como integrando el daño patrimonial, y que deberá sumarse al daño emergente por incapacidad física parcial y permanente (ap.c) confirmándose en el importe por el que prospera de \$20.000, debiendo abonar la demandada el 50% por responsabilidad atribuida en el hecho dañoso, esto es la suma de pesos Diez mil (\$ 10.000). En lo que concierne a la cuantificación del daño moral que ha sido apelado por bajo por la parte actora, me referiré al mismo en el siguiente considerando. VII). Los agravios del actor, como ya dijimos, se refieren al rechazo del daño estético y al monto por el que prosperara el daño moral. a). Al igual que en el caso del daño psicológico, caber aclarar que el daño estético no configura un rubro autónomo, sino que el mismo integra el daño patrimonial, en tanto se origine en una lesión física constitutiva de una incapacidad parcial permanente. Eventualmente será considerada en la determinación del daño moral, si reviste una gravedad tal que contribuye a causar un dolor espiritual en la persona de la víctima, lo que no se presume sino que requiere prueba. En anteriores oportunidades esta Sala ha dicho que: ?...el daño o lesión estética no es autónomo respecto del material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso; y dado que no hay indicios sobre que el sufrido por el actor provoque o haya provocado perjuicios patrimoniales, debe considerarse al establecer el daño moral? (CSJN, 29/6/04 ?Coco, Fabián A.?, Responsabilidad Civil y Seguros, 2004, 1216). En el mismo sentido, la CNCiv., Sala G, expresó que ?la lesión estética carece de autonomía a los efectos indemnizatorios, debiendo distinguirse entre el bien jurídico que se afectó -cuerpo, cicatrices, etc.-, de sus consecuencias, las cuales quedan comprendidas dentro de la órbita patrimonial si inciden en la faz laborativa -incapacidad- o bien en el agravio moral si afectan la faz anímica del individuo? (ambos fallos, citados por Zavala de González, ob. cit. pág. 260; esta Sala Causa 52818 del 11/8/11 ?Etcheverry...?, causa nro. 58268 ?De Lima...?, del 22/05/14). ?...La Corte local tiene dicho que ?a los fines indemnizatorios la lesión estética -por regla- no constituye un tertium genus que deba repararse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral. Tal práctica puede llevar a una inadmisibles doble indemnización? (S.C.B.A, Ac.108.063, 9/5/2012, ?P.C. y otro c/ Ferreira Marcelo s/ Daños y Perjuicios?; en igual sentido, esta Sala causas N°47714, ?Vallejos Juan Alberto...?, del 07/04/05; N°52421, ?Vegetti Gustavo y otra...?, del 05/11/08; N°54255, ?Carrizo Fermín Osvaldo...?, del 26/08/10;

Nº 57474, ?Bonachi...?, del 23/04/14; Nº58268, ?De Lima Liliana Raquel...?, del 22/05/14; Nº58009, Nº 58010 y Nº 58011 ?Ward Romina Vanesa...?, del 09/10/14 ; asimismo causas nº 54.530 ?Torres Elsa Haydée...del 23/8/11 y Nº 58.124 ?De Arzave Emmanuel Martín...? del 21/04/14; entre otras). En el caso de autos no ha sido reclamado como daño patrimonial, sino por afectación a la faz espiritual del accionante, es decir, como integrando el daño moral. Ahora bien, no toda lesión estética puede producir ese dolor espiritual. Dependerá del tipo de lesión, del sexo y edad de la víctima, del lugar del cuerpo donde se encuentre el daño estético, de la actividad laboral y/o social, etc. (no es lo mismo en el rostro de una mujer joven que trabaja de modelo, locutora u otra actividad que requiere de cierta presencia o apariencia estética, que de un hombre mayor, jubilado, que sufre una fea cicatriz en uno de sus miembros inferiores), inclusive dependerá de la posibilidad de su ulterior reparación por cirugía. En el caso de autos no se ha producido prueba alguna de la gravedad o ?fealdad estética? de la cicatriz de la cirugía reparadora de la lesión ni de la hendidura del tobillo (ver fotografía de fs. 640) que refiere la sentencia, en la que sólo se aprecia el tobillo derecho ?más edematizado? (conf. fs.639 vta.). Si bien el actor argumenta que por su actividad física está habituado a vestir de shorts y zapatillas, se trata de un varón de 45 años de edad, con una familia consolidada (esposa y dos hijos) y una personalidad ya formada en la que una lesión consistente en una cicatriz de cirugía, aunque presentase hundimiento, no aparece con una gravedad de tal entidad que amerite ser indemnizado separadamente del daño moral, ni tampoco incrementando a éste. Empero, reitero, no ha sido acreditada la existencia de tal lesión estética, por lo que las consideraciones meramente dogmáticas o citas de jurisprudencia efectuadas, no resultan suficiente crítica de esta parcela del fallo (art. 260 CPCC); que por tanto deberá ser confirmada. b) El apelante se agravia también del exiguo monto fijado en concepto de daño moral, el cual ha sido fijado en \$30.000 en atención a las circunstancias personales del accionante. Por su parte también fue apelado, aunque por alto, por la parte demandada y la citada en garantía. El art. 1741 del C.C.C.N, dice al respecto que para la fijación de su monto deberá ponderarse ?las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. Con la vigencia del anterior Código Civil, esta Sala había recogido el criterio expresado, entre otros autores, por la Dra. Highton, de esta manera: ?La cuantificación del daño moral, librada al arbitrio prudente de los jueces (arts. 165 y 384 del C.P.C.C.), debe ponderar la entidad, alcances y repercusión de la lesión o agravio en todas las esferas de la persona, comprensivo no sólo del dolor, sino también de las aflicciones, angustias, preocupaciones y pesares, a los que el dinero puede compensar en cierta medida, reemplazando? -dijo Highton- ?en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido? y como medio de ?obtener contentamientos, goces y distracciones para establecer el equilibrio de los bienes extrapatrimoniales?(CNCiv., Sala F, 12/3/2004, ?García Ramón Alfredo c/Campana Aníbal s/daños y perjuicios?, voto Dra. Highton; causa cit., ?Giacoboni?); También se dijo que ?el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (C.S., 12/4/2011 ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios?, con mi nota en R.C.y S. 2011-XII, 259). La Corte Nacional en la causa referida receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el ?precio del consuelo? y que considera que para su cuantificación puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. Dichas bases conceptuales fueron recogidas por el art. 1741 del CCCN, en virtud del cual ?el monto de la indemnización debe fijarse procurando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. En diversos antecedentes de esta Sala ya se venía adoptando dicha postura (conf. causas causa Nº 51.466 ?A., H.?, Causa Nº 51.467 ?G. de S., M.? y Causa Nº 54.530 ?Torres?). De modo que, el resarcimiento en dinero permitirá a la actora acceder a bienes de consumo y de esparcimiento que podrán paliar (al menos) el padecimiento extrapatrimonial sufrido (art. 384 CPCC y arts.1068, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; esta Sala causas Nº52818, 11/08/11 ?Etcheverry?; sentencia única del 01/03/12 en causas Nº54327, ?Ricco Patricia c/Lancioni Agustín?, Nº54328, ?Lancioni Agustín c/Vulcamoia Mar del Plata S.A.? y Nº 57.090, 27/03/13, ?Pérez...?; causa 58.109, del 20/2/14 ?Montesano...?; causa Nº 59.068, del 18/2/15 ?Roldán...?; Causa Nº 60135, ?G.A.F...?, del 29/12/15).En igual sentido: Causa Nº 48.804, ?Miñaur ...? del 08/11/05; Causa Nº55146, 4/10/11 ?Dumerauf, Hugo c/Diario El Popular s/Daños y Perjuicios?; Iribarne Héctor P. ?De los daños a la persona? págs.147, 577, 599; Cám.Nac.Civ. Sala F 12/3/2004 ?García?, voto Dra.Highton de Nolasco. El Dial AA1F9C; Cám.Nac.Civ., Sala F, 3/8/2004, ?T., V.O.? R.R.C. y S 2004-1238; esta Sala causa Nº54544, 10/03/11 ?A.M.A. c/F.N.R.?. citados en Causa Nº54530, 23/8/2011, ?Torres Elsa Haydee c/Bustingorry Alejandro s/Daños y Perjuicios?; asimismo Causa 55314, ?Orradre...?, del 20/10/11). Considero que le asiste razón al apelante en cuanto a lo reducido de los montos indemnizatorios fijados en el rubro daño moral. Conforme ya se dijo, corresponde sea establecido conforme a las nuevas pautas interpretativas y facultades asignadas a los jueces por el C.C. y C.N.(arts. 1737, 1738, 1741, 1746 y concs.) como las ya contenidos en el art. 165 C.P.C.C.; sin perjuicio de contrastarlo con anteriores criterios que en la materia venía ya siguiendo este Tribunal y que

ha venido expresando en sus precedentes jurisprudenciales que cita el apelante (esta Sala, causas n°56.851 del 14/5/13, ?Argüello...?; n°58109 del 20/2/14 ?Montesano?; n°58.124 del 21/4/14, ?De Arzave...?; n°58.011 del 09/10/2014 ?Ward...?; n°58.626 del 29/12/14 ?Arrouy...?; n°59.068 del 18/02/15; n°60.037, ?Quiroz...?, del 16/02/16; n° 60.041, ?Peralta,...?, del 15/12/15; n°60922 ?Cuadra...?, del 06/09/16, entre otras). Este Tribunal, en concordancia con la interpretación efectuada por la Suprema Corte provincial que considera al daño moral como ?todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y que como tal debe ser indemnizado?(S.C.B.A. 1-58812, 25/3/97, ?Obregón?, D.J.B.A. 152, 274-284; L65757, 23/2/2000, ?Villagrán?. D.J.B.A. 158, 85; L68063, 21/6/2000, ?Montovio?, etc.; esta Sala, C. 54.862 ?Miranda...?, sent. 23/3/11; C. 59.249, sent. 30/4/14, ?Aurelio Antonio...?; C-. 60053, sent. 23/2/16, ?Núñez Rubén...?;entre muchas otras), ha fijado el monto de resarcimiento por daño moral con fundamentación adecuada a los daños físicos sufridos por la víctima acorde a los tres factores objetivos de valoración del daño moral que estimaba Matilde Zavala de González (Resarcimiento de daños, t. 2, págs. 542/543) y que son: a) Los relativos al hecho mismo (el sufrimiento al momento del suceso, tanto físico como psíquico; dolor corporal, temor, pérdida de conocimiento, etc; 2) Los concernientes al período de curación y convalecencia (dolor físico de la etapa terapéutica, padecimientos de la internación hospitalaria, riesgo de infecciones intrahospitalarias, postración física, tiempo de inmovilidad, temor a secuelas, incertidumbre en cuanto al restablecimiento), y 3) Los vinculados con eventuales menoscabos subsistentes luego del tratamiento: en especial las secuelas no corregibles de las lesiones que poseen incidencia en la vida individual y de relación, además de la posible repercusión en la aptitud laborativa(cfr., asimismo: Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punción. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004). En lo que refiere a la cuantificación del rubro daño moral este Tribunal, en precedentes recientes aunque anteriores a la sanción del C.C.C.N.,(causas n° 56.851, del 14/5/13m ?Argüello..?, 58.011, del 30/10/2014, ?Ward..?, 58.626 de 29/12/14, ?Arrouy...?;), tuvo en cuenta el grado de incapacidad parcial y permanente que surge de las pericias, los tratamientos médicos a los que fueron sometidos los afectados y los trastornos que tendrían que afrontar en el futuro, más los innegables padecimientos que en todas las esferas de su personalidad se le han generado conforme la gravedad y ?permanencia de las lesiones sufridas. Se contempla en la cuantificación del daño moral, además de las circunstancias personales de la víctima, la entidad de la incapacidad, sus secuelas y tratamientos médicos y psicológicos a los que debió someterse el afectado. En definitiva: la noción de ?precio del consuelo? (prestaciones sustitutivas, en la terminología del art. 1741 CCCN), esto es, el resarcimiento que procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes delectable que conjugan la desazón, penurias...?(cfr. Iribarne Héctor P., ?De los daños a la persona?, págs.. 147, 77, 599; Cám. Nac. Civ. , Sala F, 3/8/04, ?T., V.O...? RRC y S 2004-1238) y causas de esta Sala ya citadas). Aplicando en consecuencia la valoración de esos aspectos del daño moral al caso concreto y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima (un hombre de 45 años de edad a la fecha del accidente, profesor de educación física y volcado a actividades físicas principalmente, incluso en su vida privada familiar; que habrá de sufrir una discapacidad funcional parcial por el resto de su vida; que con motivo del accidente debió permanecer hospitalizado y enyesado, soportar una primera intervención quirúrgica con colocación de placa y tornillos para corregir su fractura, sufriendo luego fuertes dolores como consecuencia de una trombosis en el miembro inferior izquierdo, y luego re operado para la extracción de los elementos de estabilización de la fractura; los restantes tratamientos postquirúrgicos de rehabilitación; que la limitación física le impedirá llevar una vida normal acorde la anterior al accidente, por verse impedido de practicar deportes que exijan correr o caminar o permanecer mucho tiempo en bipedestación (parado); la dificultad de superar esa discapacidad en su vida de relación; etc. Todo ello me lleva a propiciar la modificación del rubro daño moral, fijándolo en la suma de \$39.600 (pesos Treinta y Nueve Mil Seiscientos), por el 50% que corresponde le sea indemnizado al actor. (arts. 165 y 384 C.P.C.C., art. 1741 C.C.C.N.). VIII) En cuanto a las costas de primera instancia, en virtud de lo dispuesto en los arts.68 y.274 del Código Procesal, corresponde señalar que pese a la modificación que se establece en este fallo en cuanto a la responsabilidad, dichas costas deben imponerse al demandado. Ha señalado este Tribunal con cita de la Casación Provincial, que "La circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad en razón de la atribución de responsabilidad concurrente no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas, pues la admisión parcial de la demanda no resta relevancia a la necesidad de litigar a la que se vio sometido el accionante" (S.C.B.A., C 89.530 del 25-2-09; C 112337 del 10-10-12; esta Sala, causas n° 56.720, ?Vivacqua?, sentencia del 13-12-2012 y n° 61.035, "Di Salvo", sentencia del 29-11-2016). Distinta es la situación de las costas de alzada que deben determinarse del siguiente modo: 1) Por la excepción de falta de legitimación pasiva, al actor vencido (art.68 CPCC); y 2) Por el progreso de la indemnización por daños y perjuicios, en un 50% a cada parte, en atención al resultado obtenido en esta instancia (arts.68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 del Decreto-Ley 8904/77). A la misma cuestión, el Dr. Peralta Reyes votó en igual sentido, por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Longobardi dijo: Por lo expuesto, atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales y jurisprudencia referenciada y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C.,

corresponde: 1) Confirmar el fallo apelado, en lo relativo a la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Sra. Ana María Verellén. 2) Modificar parcialmente el fallo apelado, en lo relativo a la procedencia de la indemnización reclamada, asignándole un 50% de responsabilidad en la causación del hecho al demandado Walter Ignacio Rossi y el restante 50% al actor Martín Guillermo García. 3) Confirmar parcialmente la sentencia en lo referente al rechazo del daño estético. 4) Modificar y confirmar parcialmente la sentencia en cuanto a los montos indemnizatorios que deberán abonar el demandado y la citada en garantía al accionante, por los importes que aquí se establecen y por el 50% de responsabilidad asignada a la parte demandada: a) Daño patrimonial por incapacidad sobreviniente \$ 45.000; b) Daño patrimonial por gastos de tratamiento psicológico \$10.000; c) daño moral, \$39.600. Todo ello con más sus intereses desde la fecha del hecho dañoso. 5) Imponer las costas de primera instancia al demandado por el monto que prosperó la demanda (arts.68 y 274 CPCC); 6) Imponer las costas de alzada del siguiente modo: 1) Por la excepción de falta de legitimación pasiva, al actor vencido (art.68 CPCC); y 2) Por el progreso de la indemnización por daños y perjuicios, en un 50% a cada parte, en atención al resultado obtenido en esta instancia (arts.68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 del Decreto-Ley 8904/77).. Así lo voto. A la misma cuestión, el Dr. Peralta Reyes votó en idéntico sentido, por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Azul, de Diciembre de 2016.- Autos y Vistos: Considerando: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs., del C.P.C.C., Se Resuelve: 1) Confirmar el fallo apelado, en lo relativo a la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Sra. Ana María Verellén. 2) Modificar parcialmente el fallo apelado, en lo relativo a la procedencia de la indemnización reclamada, asignándole un 50% de responsabilidad en la causación del hecho al demandado Walter Ignacio Rossi y el restante 50% al actor Martín Guillermo García. 3) Confirmar parcialmente la sentencia en lo referente al rechazo del daño estético. 4) Modificar y confirmar parcialmente la sentencia en cuanto a los montos indemnizatorios que deberán abonar el demandado y la citada en garantía al accionante, por los importes que aquí se establecen, todos ellos correspondientes al 50% de responsabilidad asignada a la parte demandada: a) Daño patrimonial por incapacidad sobreviniente \$ 45.000; b) Daño patrimonial por gastos de tratamiento psicológico \$10.000; c) daño moral, \$39.600, con más sus intereses desde la fecha del hecho. 5) Imponer las costas de primera instancia al demandado, por el monto que prosperó la demanda (arts.68 y 274 CPCC); y 6) Imponer las costas de alzada del siguiente modo: 1) Por la excepción de falta de legitimación pasiva, al actor vencido (art.68 CPCC); y 2) Por el progreso de la indemnización por daños y perjuicios, en un 50% a cada parte, en atención al resultado obtenido en esta instancia (arts.68 y 71 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 del Decreto-Ley 8904/77). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase. 026664E