

## Danos Y Perjuicios Accidente De Transito Orfandad Probatoria Teoria Del Riesgo Creado

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Accidente de tránsito. Orfandad probatoria.

Teoría del riesgo creado Se revoca el fallo en cuanto se distribuyó la responsabilidad por partes iguales, por lo que se debió asignársela exclusivamente al demandado, pues, ante la escasísima prueba acerca de la mecánica del accidente, el corolario natural del específico régimen aplicable impone responsabilizar íntegramente a quien tenía la carga de probar el hecho ajeno para liberarse: el demandado.

En la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, a los 25 días del mes de octubre de dos mil dieciocho, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, sala uno, doctores Marcelo Osvaldo Restivo y Guillermo Emilio Ribichini, para dictar sentencia en los autos caratulados ?GENOVA, Franco Javier c/ CALDERON, Daniel Ariel y otra s/ daños y perjuicios?, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución Provincial y 263 del código procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: doctores Ribichini y Restivo, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ra) ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 486/495? 2da) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO: I. Franco Genova demandó por daños y perjuicios a Daniel Ariel Calderón, reclamándole la suma de pesos trescientos ochenta mil doscientos cuarenta y uno con treinta centavos, o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, con más sus intereses y costas. Dijo que el 30 de agosto de 2008, siendo aproximadamente las 2:15 hs., conducía su ciclomotor Zanella modelo ZB 110 D por Avda. Colón en sentido descendente, y que al arribar a la intersección con calle Paunero detuvo su marcha al encontrarse en rojo el semáforo allí emplazado. Indicó que al cambiar a verde emprendió la marcha, y que cuando ya había recorrido unos diez o doce metros, apareció desde la izquierda un BMW rojo 320 a gran velocidad conducido por el demandado, quien venía circulando por calle Don Bosco en sentido descendente. Manifestó que la continuación de Don Bosco por Paunero impone un recorrido en S por Avda. Colón, que el auto se le vino encima a gran velocidad y que, aunque intentó una maniobra de esquivar hacia la derecha, fue impactado en su lateral izquierdo causándole importantes daños a la motocicleta y graves lesiones a su integridad física. Señaló, en tal sentido, que sufrió traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, politraumatismos en todo el cuerpo y una fractura de cadera que, al no poder enyesarse, le impuso permanecer en reposo absoluto por un período de tres meses. Dijo que al incorporarse se vio precisado de utilizar muletas -lo que trastornó su vida de relación-, que no pudo realizar actividad alguna por un término de seis meses, ni reincorporarse a su trabajo hasta los doce, y que al cabo su empleador lo despidió dada su imposibilidad de continuar realizando las tareas que cumplía anteriormente. Indicando que el automotor BMW que lo colisionara se encontraba asegurado en ?Segurometal Cooperativa de Seguros Limitada?, pidió la citación en garantía de la referida compañía. II. Emplazado que fue el demandado se presentó en autos y produjo su responde. Tras admitir que el automóvil BMW 320 se encontraba asegurado en la entidad denunciada, y adherir al pedido de citación en garantía de la misma, negó puntualmente la mecánica del accidente narrada en la demanda. Dijo que cuando inició el cruce de la avenida Colón el semáforo estaba en verde, y que cuando estaba alcanzando el segundo carril apareció a gran velocidad la moto, sin darle tiempo para accionar los frenos o efectuar maniobra evasiva alguna. Sostuvo que dos motociclistas amigos del actor, que iban delante suyo, habían alcanzado a cruzar antes de que se encendiera la luz verde del semáforo para los automovilistas que circulaban por Don Bosco, y que producido el cambio de luz e iniciado el avance, apareció la moto del actor que no respetó su prioridad de paso cruzando con luz roja. Añadió, finalmente, que carecía el actor de licencia para conducir, del seguro de responsabilidad civil obligatorio, y del correspondiente casco reglamentario, por lo que fueron su negligente conducción y la falta de respeto a las normas de tránsito la única causa eficiente que desencadenara el accidente de tránsito. Sin perjuicio de ello, cuestionó la procedencia de los rubros indemnizatorios pretendidos y reputó exagerados los montos indicados para cuantificarlos. III. De seguido se presentó en autos ?Segurometal Cooperativa de Seguros Limitada? y contestó la citación. Reconoció, de manera liminar, que el automóvil BMW 320 involucrado en el siniestro, se encontraba amparado por una póliza de responsabilidad civil contratada con ella, pero negó la mecánica del hecho invocada en la demanda, y adhirió a los términos de la contestación realizada por su asegurado. IV. La causa se abrió a prueba, y agotada esa etapa instructoria quedó conclusa para definitiva, dictando el señor juez de primer grado la sentencia de mérito que motiva los agravios. En lo sustancial, señaló que analizando tanto la prueba rendida en autos como la existente en la causa penal agregada por cuerda, ninguna de las dos antagónicas versiones acerca de la mecánica del hecho ha podido ser confirmada. Así, con base en el testimonio rendido por las dos personas que se trasladaban en la otra moto, concluyó el juez que no resulta plausible que durante el tiempo en que el actor supuestamente se detuviera a la espera de la luz verde del semáforo,

aquella ni siquiera hubiera arribado a la próxima intersección. Sin perjuicio de ello, reputó asimismo inverosímil la versión dada por el demandado, dado que su declaración en sede represiva no se condice ni con la ausencia de huellas de frenado, ni con el lugar del impacto verificado en el rodado mayor, tal como surge de las fotografías e informe técnico. Concluyó entonces que no existen elementos probatorios de entidad que permitan determinar quién cruzó con el semáforo en rojo y quién lo hizo en verde, pero que si el hecho existió es porque ambas partes no condujeron con el deber de cuidado y prevención adecuados a las circunstancias de tiempo, personas y lugar, por lo que frente al panorama de orfandad probatoria aludido, corresponde distribuir la responsabilidad por partes iguales. Así zanjada esa cuestión, se adentró en la consideración de las partidas indemnizatorias reclamadas. En tal sentido, atendiendo al porcentaje de incapacidad del 12 % determinado por el perito Maison, una expectativa de vida de 70 años, el valor del salario mínimo, vital y móvil vigente a partir de julio de 2017, y una tasa de interés puro del 4 % anual, aplicó la fórmula polinómica de renta futura arribando a una suma de \$ 215.465,31, que redondeó en \$ 215.000 para resarcir la incapacidad resultante. Rechazó, en cambio, la pretendida ?pérdida de chance?, pues consideró que no surgen de las actuaciones elementos de entidad que autoricen a concluir la existencia concreta de la misma. Con las fotografías acompañadas con la demanda y las existentes en la causa penal, tuvo por acreditados los daños ocasionados a la motocicleta, y por aplicación del art. 165 del régimen procesal estimó su resarcimiento en la suma de \$ 5.000. Asimismo, atendiendo a las lesiones sufridas por el actor, consideró razonable presumir que existieron gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por su obra social, y reconoció tal rubro en la suma reclamada en demanda de \$ 5.000. Hizo lo propio con los gastos de movilidad, y atendiendo al tiempo de convalecencia y su recuperación, admitió la partida en cuestión por la suma de \$ 7.200. Desestimó, en cambio, lo reclamado por ?lucro cesante?, pues consideró que si bien se encuentra acreditado en autos que el 7 de marzo de 2009 fue despedido de su trabajo en la empresa ?Servicios HLB S.A.?, no ha quedado probado que exista relación de causalidad entre ese despido y el siniestro ventilado en autos. Admitió luego el gasto incurrido para proveer el material de osteosíntesis correspondiente a su acompañante Miriam Ormeño, en la suma de \$ 2.990, y en función de la magnitud de la lesión padecida -ahora por el actor-, las circunstancias de su curación y rehabilitación, y la incapacidad residual resultante, le concedió la suma de \$ 80.000 para reparar el daño moral. Ello así, entendió que la demanda debía prosperar por la suma de \$ 315.190, por lo que en función de la distribución de responsabilidad establecida, arribó a un monto de condena de \$ 157.595. En cuanto a la tasa de interés -y con excepción del 50 % correspondiente a la compra del clavo endomedular de la señorita Ormeño, en el que dispuso la aplicación de la pasiva bancaria desde el momento del hecho-, adicionó los accesorios a una tasa pura del 4 % anual hasta el momento de la sentencia, y de allí en adelante a la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo digital. Finalmente, hizo extensiva la sentencia a la compañía citada en garantía ?Segurometal Cooperativa de Seguros Limitada?, e impuso las costas al demandado en su condición de vencido. V. Se desconformó del fallo el actor, y fundó su protesta en el memorial que corre agregado a fs. 508/518. Tres son los motivos de agravio que aduce en esa presentación. El primero concierne a la distribución de responsabilidad que efectuara el juez, a tenor de la concluida contribución de cada parte a la causación del accidente. Sostiene que si no ha podido acreditarse en autos quién cruzó en rojo y quién lo hizo en verde, la eximición parcial de responsabilidad decidida carece de sustento legal en los términos del aplicable art. 1113 del Cód. Civil, y desconoce la doctrina legal de la Suprema Corte al respecto. El segundo motivo de queja lo constituye la determinación de la reparación por la incapacidad sobreviniente que lo afecta. Considera erróneo computar como ingreso el salario mínimo, vital y móvil, cuando se encuentra probado en autos que se desempeña en la industria de la construcción como oficial andamista, por lo que corresponde entonces tomar en cuenta la escala salarial de ese gremio vigente al momento más cercano a la sentencia que resulte posible. Sin perjuicio de ello se agravia del monto al que arribara el juez, reputando erróneo el cálculo efectuado, pues su resultado arroja una cifra mayor a la establecida por el magistrado. En tercer lugar se duele del monto concedido para resarcir el daño moral, al que considera insuficiente. Argumenta con las sucesivas devaluaciones del peso habidas en el país desde la promoción de la demanda, y el consiguiente encarecimiento de los automóviles 0 Km tomados como referencia para efectuar la estimación contenida en aquella. Afirma que tampoco se tuvieron en cuenta los padecimientos que soportara -como el reposo absoluto por tres meses y el despido del trabajo por haberse agotado el plazo de licencia paga-, postulando la elevación del monto acordado a un valor tal que le permita adquirir un automotor con una antigüedad no superior a los tres años. Los agravios fueron replicados por el demandado y su aseguradora, y encontrándose los mismos en condiciones de ser tratados, paso a ocuparme de su mérito. VI. Obviamente, debo comenzar por la cuestionada contribución paritaria a la causación del accidente, y aprecio que la protesta debe prosperar. En efecto; si bien el juez inicia su discurso manifestando que la controversia de autos se rige por el art. 1113 del Cód. Civil, cuya consolidada interpretación veda la neutralización de los riesgos creados por la intervención de dos o más cosas riesgosas, e impone a cada dueño o guardián el deber de reparar los daños causados al otro, a menos que pruebe el hecho ajeno -de la víctima o de un tercero-, no extrae luego el corolario lógico de esa premisa fundante al advertir la orfandad probatoria existente en autos respecto de quien contaba con luz habilitante de paso en la encrucijada escenario de la colisión. Que era -de toda obviedad- el extremo fáctico

relevante a dilucidar en autos. La circunstancia de revelarse inverosímil la versión dada por el actor -a la luz de los testimonios rendidos por los ocupantes de la motocicleta que lo precedía en la circulación- solo permitiría descartar la supuesta detención previa a la espera de la luz verde, lo que en modo alguno equivale a concluir que el cruce resultara emprendido con luz roja, como el propio magistrado admite a continuación. De hecho, también señala el juez -con razón- las inconsistencias advertibles en el relato que hace el demandado en sede represiva al prestar declaración indagatoria -versión que tampoco coincide con la planteada al contestar la demanda-, de donde solo puede concluirse, certeramente, que ninguna de las partes dijo la verdad. Y como la escasísima prueba aportada solo alcanza para eso, el corolario natural del específico régimen aplicable nos impone responsabilizar íntegramente a quien tenía la carga de probar el hecho ajeno para liberarse: el demandado Daniel Calderón, titular registral del automotor BMW, a cuya intervención activa se atribuye la caída del ciclomotor tripulado por el actor, y las consiguientes lesiones que de tal circunstancia se derivaron para él (arts. 1113 párr. 2do 2da parte Cód. Civil; 375 CPCC).

VII. También corresponde acoger el segundo motivo de agravio. El recurso al salario mínimo, vital, y móvil como referencia de ingreso a computar para valorizar la aptitud productiva del damnificado, y la consiguiente repercusión patrimonial de la incapacidad resultante, cuenta en aquellos casos donde aquel no ha accedido aun al mercado laboral, se encontraba desempleado al tiempo del siniestro -sin acreditarse tampoco algún trabajo anterior o posterior-, o las tareas o actividades desarrolladas han sido informales, discontinuas u ocasionales. En cambio, acreditado el desempeño más o menos permanente de alguna actividad, oficio o profesión, corresponde sin duda computarla, en tanto resulta una referencia mucho más concreta y realista acerca de la capacidad productiva del sujeto menoscabado que la residual, genérica y subsidiaria consideración del salario mínimo. En autos ha quedado probado que Genova se desempeña como ?oficial andamista? en el gremio de la construcción -v. recibos de fs. 48/79; y corroboración informativa de fs. 382/395-, por lo que corresponde entonces remitirse a la escala salarial de la U.O.C.R.A, y tomar en cuenta el salario básico vigente para su categoría al momento de este pronunciamiento. De la consulta que muy fácilmente puede efectuarse en el sitio web de la organización sindical en cuestión -www.uocra.org-, extraemos que los ?jornales de salarios básicos? en vigencia a partir del 1º de setiembre de 2018, para un oficial zona ?A?, alcanza un valor horario de \$ 95.31, que se traduce entonces en un monto diario de \$ 762.48, y en uno mensual de \$ 19.062. Es este valor, entonces, el que tomaré en cuenta en la variable ingresos de la fórmula polinómica, manteniendo en los demás -en ausencia de todo cuestionamiento al respecto- los guarismos ya considerados en la instancia de grado: el 12 % de incapacidad; 47 años de expectativa de vida -aunque según las ?Tablas abreviadas de mortalidad del INDEC 2008/2010? correspondería tomar 53.43 (cuadro 3.1 correspondiente a varones, provincia de Buenos Aires)-; y el 4 % de interés anual. El nuevo cálculo queda como sigue:

$$I = a * \frac{v(1+v)^n - 1}{(1+v)^n - 1}$$

$(19.062) * 12\% * \text{Incapacidad (12 \%)} \quad v = \text{Porcentaje anual de interés (4 \%)} \quad n = \text{Vida probable (47)} \quad a = 19062.00 * 12\% * 12.00$   
 $= 29736.7200 \quad I = 29736.7200 * [(1 + 4.00)^{47.00} - 1] / [(4.00 (1 + 4.00)^{47.00}) - 4.00]$   
 $I = 625747.899279$

En función del carácter determinativo de la pretensión, propongo elevar la suma acordada para resarcir la repercusión patrimonial de la incapacidad resultante a la suma de pesos seiscientos veintiséis mil (\$ 626.000; arts. 1068, 1069 y 1083 Cód. Civil).

VIII. También prospera el último motivo de agravio, referido al monto concedido para reparar el daño moral. El desagradable accidente de tránsito sufrido, a resultas del cual experimentó una lesión pelviana que lo mantuvo absolutamente inmovilizado por espacio de tres meses -con las imaginables restricciones y molestias de todo tipo que semejante confinamiento ha debido producirle-, más la rehabilitación posterior y el porcentaje de incapacidad residual permanente que lo afecta -que puede colocarlo en situación de desventaja en los exámenes preocupacionales a los que se someta, según dictaminara el perito Maison-, son ya suficientes motivos de mortificación que por sí solos, reclaman la posibilidad de acceder a goces o placeres compensatorios que claramente no están disponibles con la modesta suma concedida en la instancia de grado. Para movernos dentro de la misma modalidad de satisfacción tomada por el juez -y preferida por el propio damnificado-, si se trata, v.gr., de adquirir un automóvil usado y más o menos básico, pero en buenas condiciones de conservación, una rápida consulta a una concesionaria multimarca que cotiza en internet -como [www.carone.com.ar](http://www.carone.com.ar)-, se advierte que se necesitan aproximadamente \$ 200.000 para acceder a un vehículo de ese rango de entre 3 a 5 años de antigüedad: un Renault Sandero 2013 Stepway 1.6 Rip Curl está en \$ 210.000; un Renault Clío Mío 2014, 5 p Confort Plus en \$ 198.000; un Chevrolet Classic 2015, 4 p LS 1.4 en \$ 189.000. Atendiendo, entonces, a que tal adquisición conlleva un costo de transferencia -que estimo en aproximadamente un 5 %- propongo se acuerde al actor la suma de \$ 210.000, que considero proporcionada a la entidad del agravio infligido y a la modesta condición socio económica del reclamante (arts. 1078 y 1083 Cód. Civil). Voto, entonces, por la NEGATIVA. El señor juez doctor Restivo, por iguales fundamentos votó en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO: Por lo acordado al votarse la cuestión anterior, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto la contribución establecida a cargo del actor en la causación del accidente, y modificarla en cuanto al monto de la reparación por incapacidad, que se eleva a la suma de pesos seiscientos veintiséis mil (\$ 626.000), y en cuanto al otorgado por daño moral, que se eleva a la suma de pesos doscientos diez mil (\$

210.000). Con costas en la alzada al demandado y su aseguradora que resultan vencidos (art. 68 CPCC). Así lo voto. El señor juez doctor Restivo, por iguales fundamentos votó en el mismo sentido, por lo que se SENTENCIA: AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no se ajusta totalmente a derecho la sentencia apelada (arts. 1068, 1069, 1078, 1083 y 1113 párr. 2do 2da parte Cód. Civil; 375 CPCC). POR ELLO, se la revoca parcialmente, dejando sin efecto la contribución establecida a cargo del actor en la causación del accidente, y se la modifica en cuanto al monto de la reparación por incapacidad, que se eleva a la suma de pesos seiscientos veintiséis mil (\$ 626.000), y en cuanto al otorgado por daño moral, que se eleva a la suma de pesos doscientos diez mil (\$ 210.000). Con costas en la alzada al demandado y su aseguradora que resultan vencidos (art. 68 CPCC). Hágase saber y devuélvase.

035409E