En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días del mes de Noviembre de 2017, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “BARCOS Carlos Alberto c. DEPAOLI Andrés Hernán s. Daños y perj. Autom. c/ Les. o Muerte (Exc. Estado)”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau, Ricardo D. Monterisi y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1)¿Es justa la sentencia de fs. 525/533?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I.- El Señor juez de primera instancia rechazó la demanda incoada por el actor contra el Sr. Andrés Hernán Depaoli y la citada en garantía La Mercantil Andina S.A, y le impuso las costas en su calidad de vencida.

Para así decidirlo, consideró probado que el día 8 de marzo del año 2011, cerca de las 17.30 horas, Carlos Alberto Barcos se encontraba parado en la vereda en la esquina de calle Castelli y la Avda. Peralta Ramos junto a su moto, cuando resultó embestido por un automotor marca Peugeot 405 que se desplazó sin conductor desde el lugar donde estaba estacionado a 45° por la calle Castelli. El Peugeot fue a su vez embestido por una camioneta que se dio a la fuga, y por el impacto sufrido se movió hasta chocar contra la moto del actor, dejándolo atrapado entre el poste de iluminación de la vereda y su moto.

La intervención del tercero -conductor de una camioneta- que impactó con el Peugeot estacionado, fue juzgada como una eximente total de la responsabilidad del demandado.A su vez, El Sr. Juez concluyó que no hay ningún elemento del que se pueda inferir que el automotor del demandado se encontraba mal estacionado, o sin los frenos pertinentes para evitar que el rodado pudiera ser objeto de desplazamiento a causa de la pendiente y generar riesgo para los transeúntes.

En particular, al referirse al estacionamiento oblicuo o en 45° en la calle con pendiente, el juzgador afirmó que sin perjuicio de lo normado por el art. 49 de la ley nacional de tránsito, la misma disposición autoriza a las autoridades locales para establecer otras formas de estacionamiento. Aclaró que al tratarse de una situación que no estaba expresamente reglada, cobraban relevancia los usos y costumbres, y en este caso particular estimó hasta aconsejable estacionar de ese modo, no resultando violada ninguna norma vial municipal. 0

Advirtió además, que como el actor se encontraba parado sobre la vereda junto a su moto en violación a lo dispuesto por el art. 49 inc. b) 3 de la ley 24.449 ello contribuyó a que éste no haya podido sortear con éxito la emergencia.

II.- Apeló el actor a fs. 536, recurso que fue concedido libremente a fs. 537 y fundado mediante el escrito que luce agregado a fs. 544/549. El demandado contestó la fundamentación a fs. 557/62.

Son sus agravios:

a)Alega que el juez hace una absurda valoración y arbitraria aplicación del régimen legal de responsabilidad objetiva.

b)Sostiene que el estacionamiento en 45° y en la ochava como se acreditó que estaba posicionado el vehículo del demandado son causa suficiente para responsabilizar a su titular, pues la violación a las normas de tránsito (art. 80 de la ley 11.430 y art.49 de la ley 24449) fue necesaria y determinante del accidente al convertir al rodado en una cosa riesgosa.

c)Afirma que el juzgador ha desbaratado sus derechos ya que lo responsabiliza de estar parado en la vereda, lo desprotege como peatón, y absurdamente atribuye mayor valor a los usos y costumbres que a la norma expresa que prohíbe el estacionamiento a 45°.

d)Señala que no existe certeza de la intervención del vehículo camioneta “embistente”, ya que ello no surge de la pericia, sino de un único testigo que ni siquiera pudo identificar convincentemente la marca de aquel, no pudiendo tenerse por acreditada la eximente opuesta por el demandado.

e)Concluye que aun admitiendo la participación de la camioneta, ello podría resultar una concausa, por lo que su parte puede demandar a cualquiera de los signados como autores responsables quienes frente a la víctima responderán en forma solidaria.

f)Hace reserva del caso federal.

III.- Propongo que el recurso prospere con los siguientes alcances:

a) La mecánica del hecho se encuentra acreditada.

No cabe dudar que el vehículo propiedad del demandado se hallaba estacionado “de culata” en un ángulo de 45° apoyado sobre el cordón de la vereda norte de la calle Castelli en su intersección con la costa, en pendiente.

Probada la intervención de la cosa y su conexión causal con el daño producido, para eximirse de responsabilidad total o parcialmente, es preciso que el demandado demuestre la culpa de la víctima o de un tercero por quien no tiene el deber de responder, o bien el caso fortuito, o la utilización de la cosa en contra de su voluntad expresa o presunta, conforme la norma aplicable vigente al momento del hecho (art. 7 del CCyC, art. 1113 2do.p.2da,p ley 340).

Es que la eximente puede operar como factor determinante del hecho dañoso o como concausa, de allí que corresponde evaluar su real incidencia.

b) Coincido con el Sr.Juez en que la intervención del tercero -conductor de la camioneta-, ha influido en la relación de causalidad entre el daño producido al actor y el automotor propiedad del demandado. No parece que un vehículo sin conductor pueda subirse arriba de la vereda sin el impulso de una fuerza suficiente (Alterini, Ameal y López Cabana “Derecho de las obligaciones” Abeledo -Perrot, Bs.As.2003, pag.230 n° 498), y tampoco sería posible que rodara sobre la vereda si hubiera estado correctamente estacionado, esto es, paralelo al cordón y no a 45°.

En este aspecto me permito disentir con el Sr. Magistrado de la instancia anterior. Tengo para mí que tanto la ley nacional de tránsito como la provincial regulan el estacionamiento de vehículos en forma paralela al cordón como principio y remiten en lo particular a las previsiones que en contrario pudieran tener las normas locales. En ese sentido el art. 20 de la Ordenanza Municipal N° 4049/76 del Partido de General Pueyrredón prohíbe expresamente este sistema de estacionamiento a 45° salvo que se encuentre autorizado por la comuna. Por ello, no corresponde acudir a los usos y costumbres o a un criterio personal de conveniencia (fs. 532 y vta.), lo que sólo podría fundar la solución del caso si no estuviera reglado y a condición de que éstos no sean contrarios a derecho (arts. 16 y 17 CC; 1° del CCCN).

De este modo, tanto la camioneta que al salir impulsó al Peugeot, como este último, cooperaron en la producción del hecho dañoso, por lo que no hay interrupción total del nexo causal.

La falta de intervención en este pleito del tercero signado como autor de la conducta que se imputa como interruptiva del nexo causal -conductor de la camioneta que impacta sobre el vehículo del demandado-, no impide que el sistema opere plenamente.

Así se ha resuelto:”La culpa de un tercero por quien no se debe responder puede hacerse efectiva aunque no hubiera participado en la litis como demandado o su citación no haya sido solicitada, y por ende debe excluir la parte del daño que es atribuible a la culpa de dicho tercero, sin perjuicio de las posibles acciones futuras contra el tercero que no participó en el juicio- (Cám. Apel. Civ. y Com. Trelew, sala B 25/6/99 “Villagra, Carlotta c. Izquierdo Mariano y otro s/ Daños y Perjuicios”, el Dial- BCE66) citado en Juicio por accidentes de tránsito, Beatriz Arean , ed. Hammurabi, T°I, pág. 116/7).

Determinar el grado de aporte causal de cada uno en base a estimaciones no me parece correcto, por lo que aplicación subsidiaria del entonces vigente art. 689 del Cód. Civil, me lleva a proponer el uso de la última posibilidad prevista en la norma, a prorrata, esto es un 50% para cada uno.

c) No obstante lo antedicho, no cabe en el caso excluir la solidaridad en la responsabilidad, pues debe tenerse presente que en el caso concurren – además de los aportes causales reseñados y como factor de atribución – conductas culpables por parte de ambos intervinientes, en tanto la maniobra realizada por la camioneta resultó antirreglamentaria al estar mal estacionado, salir desplazando al Peugeot también mal estacionado, y huir (arts. 48 inc. i, 49,65, 77 inc .g ley 24.449).

Aun cuando las eximentes permitan – en el plano causal – dividir la autoría, lo cierto es que en el otro presupuesto referido a la razón suficiente para atribuir el deber de responder, debe atenderse la actuación culposa, que lleva a aplicar – como reclama el apelante – el art. 1109 con la consecuente solidaridad de quienes actuando en infracción a la norma cooperaron para la producción del daño (Alterini, ob.cit. p.236 n°5i2; sc Mendoza cit.por Arean “Accidentes de tránsito”, Hammurabi, Bs.As.2005, t°p.117 n°47, ídem t°2 p.306, n°124,125).

Debo insistir en dejar aclarado que no se entremezclan aquí la relación causal y los factores de atribución: i) mediante la primera se ha determinado la autoría de ambos intervinientes que, al no poder cuantificarse con precisión el grado de participación de cada uno, se fijó en un 50% de conformidad a lo dispuesto por la última opción prevista en el art. 689 del Código Civil (ley 340); ii) en lo que hace al segundo presupuesto, el factor de atribución es en principio objetivo, pero habiéndose invocado también la culpa de los responsables en la demanda (fs. 38, fs. 44 2do.párrafo con cita del art. 1109 CC), y luego probado que la conducta de ambos autores infringió una norma, resultan deudores solidarios de la reparación (art. 1109 in fine CC ley 340).

El demandado debe responder como consecuencia del mod o en que estacionó el vehículo de su propiedad (45°), ya que por ello el impacto producido por el tercero provocó naturalmente su desplazamiento hacia la vereda, chocando contra la moto del actor la que finalmente aprisionó su cuerpo contra el poste de luz.

Se trata en suma de aplicar lo dispuesto por el art. 1109 del Código Civil vigente al momento del hecho, pues “cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiera indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro”, lo que en el caso implica que – pese a la distribución causal de la autoría que pudiera realizarse- por efecto del factor de atribución subjetivo culpa (invocado por el actor al demandar a fs.38), quienes cooperaron para la producción del daño, resultan solidariamente responsables por la reparación debida a la víctima.

Ambos factores pueden coexistir – explica Pizarro – con independencia de que el factor objetivo tenga por fin facilitar la reparación en tanto no obliga a la víctima a la prueba de la culpa. Pero, si ésta es invocada y probada, hay una doble justificación dice el autor cordobés

(“Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa” edit. Universidad, Bs.As.1983, p.464/5, ídem “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa” Edit. La Ley, Bs.As.2006, p.277 t° I); Zavala de González, M. “Responsabilidad por riesgo”, Hammurabi, t °3, p.65, Bs.As.1987, Mosset Iturraspe “Responsabilidad por daños” Ediar, 1980, t°III, p.59).

El mismo autor – en el tratado de Obligaciones en coautoría con Vallespinos – indica que: “En caso de concurrir la culpa del demandado, con la del tercero, es aplicable la reglas del art. 1109 del Cód. Civil. Ambos deben responder solidariamente frente a la víctima, y luego ejercitar las acciones de regreso pertinentes.” (Hammurabi, Bs.As. 1999, 3, p.126).

d) Tampoco considero que la víctima haya incurrido en una conducta, culpable o no, que haya influido causalmente en el desenlace por la circunstancia de haber estado parado en la vereda junto a su moto en el momento del impacto. Partiendo de la premisa que probar significa acreditar acabadamente la participación causal invocada, aun cuando deba ser considerada en abstracto, no encuentro que el accionado haya logrado demostrar de qué forma aquella circunstancia tuvo incidencia como para atribuirle calidad de eximente con la aptitud de provocar la fractura parcial de la relación de causalidad pretendida.

La alegada culpa de la víctima tal como fue expuesta por el demandado no fue demostrada (art. 375 del cpcc; scba Ac. Ac 45068 s 13-8-1991, “Basualdo, Virgilio Facundo c/ Empresa de Transportes Villa Ballester S.A.C.I. s/ Daños y perjuicios” AyS 1991-II-774; Ac 73932 S 25-10-2000, “Aguilar, Raúl W.c/ Trujillo, Alejandro F. y otro s/ Daños y perjuicios”, Ac 83124 S 5-3-2003, “Gómez, Walter José c/ Capuzzi, Juan Carlos s/ Daños y perjuicios”; Ac 82245 S 1-4-2004, Avila, Julio Antonio c/ Palaveccino, Oscar A. y otros s/ Daños y perjuicios”, entre otros).

Párrafo aparte merece la limitación de cobertura invocada por la compañía aseguradora a los términos convencionales de la póliza. A pesar de haber reconocido expresamente el contrato asegurativo, esa pieza no fue ofrecida como prueba ni al contestar la citación (fs. 78/83), ni en la presentación del demandado (fs. 96/102). En virtud de que se encontraba a su cargo la prueba de tal extremo la aseguradora deberá responder junto a su asegurado, sin limitación cuantitativa. (art. 375 del cpc).

Así lo ha dicho la doctrina especializada: “Corresponde al asegurador que la alega, acreditar la existencia de límites en la garantía comprometida, se trate de tope de la suma asegurada, de descubierto o franquicia obligatoria, de franquicia simple, de franquicia absoluta, de una cobertura tarifada, etc. Sobre el particular se tiene expresado que “si la suma asegurada es inferior a la cantidad que reclama el damnificado, el asegurador deberá oponer ineludiblemente la defensa de insuficiencia del seguro, denunciando o declarando la suma máxima hasta la concurrencia de la cual responde, a fin de limitar la garantía, y no sólo deberá formular esa manifestación, sino que también deberá probarla. Si no lo hace, responde por la cantidad que declare o se condene en la sentencia, que lo afectará como a los litigantes principales.” (Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, Ed. La Ley 2005, T°III, pág. 100).

IV.- En orden a lo expuesto, corresponde abordar el tratamiento del reclamo indemnizatorio.

Advierto que en lo concerniente a este punto, he tenido en cuenta las defensas del demandado dándose curso a lo que la doctrina llama “apelación implícita o adhesiva” (Hitters, Juan C.”Técnica de los recursos ordinarios”, p.437, Ed Platense 2004) para garantizar su derecho constitucional de defensa.

Corresponde entonces ingresar en el análisis de cada daño y su avaluación.

IV.1: Daño patrimonial:

i) Disminución de la integridad psicofísica:

Señalo que es lógico que al momento de la interposición de la demanda (junio de 2011) el actor incluyera todos los daños patrimoniales indemnizables que sufría en ese momento y aquellos que razonablemente se derivarían de la incapacidad física sufrida con motivo del accidente acontecido tres meses atrás. Reclamó incapacidad física permanente, lucro cesante, pérdida de chance laboral y productiva (fs. 41).

Sin embargo, transcurridos ya más de seis años desde aquel momento, el análisis de esas pretensiones no puedo realizarlo sino sobre la base de las circunstancias fácticas y secuelas acreditadas en autos.

Mediante la pericia médica de fs. 417/423 y explicaciones de fs. 442/444, se encuentra probado que como consecuencia del accidente el Sr. Barcos sufrió un traumatismo de rodilla I° (izquierda) lesión ligamentaria; fractura de peroné de pierna I° (izquierda) con herida cortante lo que fue calificado como lesiones graves, con las siguientes secuelas: rigidez de la rodilla I° (izquierda); dolor, dificultad para la marcha y falta de coordinación; con los siguientes síntomas y riesgos: dolor en la marcha, inseguridad, riesgo de caída.

También se encuentra probado que el tratamiento de curación y rehabilitación duró 8 meses. El perito además determinó que dichas lesiones han afectado su capacidad anátomo-funcional afirmando que el actor “no podrá volver a hacer el mismo trabajo, en su vida deportiva no podrá correr, y en su vida recreativa no podrá usar la moto”. El profesional expresó asimismo que dichas lesiones motivaron una incapacidad permanente que cuantificó en el 25% (art.384 y 474 del cpcc).

Por lo hasta aquí expuesto, debo ponderar ahora si el actor ha probado en qué medida dichas lesiones han producido o producirán un menoscabo en su patrimonio, más allá de la reparación que en materia de daño moral será analizada más adelante.

a) Lucro cesante:

El rubro fue incluido como uno de los aspectos a considerar en el análisis de la disminución de la integridad psicofísica (fe. 40).

Tal como lo anticipé, con la pericial traumatológica debe considerarse acreditado que el actor padeció la lesión detallada y como consecuencia de ello debió ser sometido a varias intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, controles médicos. Sin embargo, no se detalló si durante el período que transcurrió desde el accidente hasta su rehabilitación, pudo o no desempeñarse laboralmente -naturalmente reubicado en otra función- en la empresa Telefónica de Argentina, para la que prestaba servicios.

Aun suponiendo que durante los ocho meses que duró su curación no hubiera prestado ningún tipo de tareas, cabe destacar que el régimen del convenio colectivo de trabajo para trabajadores telefónicos -aplicable a la relación laboral del actor con su empleadora Telefónica de Argentina SA-, establece que ante una enfermedad inculpable o accidente, y la imposibilidad de que el agente preste sus servicios en forma efectiva, éste siga percibiendo sus ingresos sin merma alguna (art. 79 a 86 del CCt Foetra-Telefónica 547/03 “E”, y Resoluciones n°1878/2009 -Registros 29 y 30 del 2010-, y 1927/2010 -registro n°1842/2010- del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social-Secretaría de Trabajo, vigentes al momento del hecho).

Por el tipo de trabajo que tiene el actor, la sola existencia de una lesión no hace presumir la ausencia de los ingresos habituales, única circunstancia que permitirían admitir el rubro solicitado (Zavala de González Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 2004, T° 2-a “Daños a las personas -Integridad sicofísica”-, pág.267).

b) Incapacidad permanente:

Laincapacidad concebida como “inhabilidad, impedimento, o dificultad apreciable para el ejercicio de funciones vitales” (Zavala deGonzálezMatilde,”Resarcimiento de daños”, ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, Tomo 2-a, pág. 281)puede ser transitoria-laqueocurre durante la etapa de las curaciones – o permanente, que es la que perdura luego de concluida aquella etapa. Conforme su magnitud, puede ser total o parcial. Teniendo en cuenta la índole de las aptitudes cercenadas o menoscabadas, puede ser laborativa o vital, o ambas, o también dentro de la primera cabe distinguir la genérica de aquella que entraña la perdida de habilidades específicas para las funciones que hasta el hecho desempeñaba (autora y obra citadas, págs. 282 a 287; arts. arts. 1068 y 1086 del CC ley 340).

Por ello existe consenso en doctrina y jurisprudencia en el sentido que el reclamo por incapacidad apunta a la reparación de una lesión a la integridad corporal que proyecta sus secuelas sobre todas las esferas de la personalidad de la víctima -incluyendo la laboral-, constituyendo un quebranto patrimonial indirecto derivado de las limitaciones físicas y/o psíquicas que son secuelas del accidente (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil vigente a la época del pronunciamiento; art. 1746 nuevo C.Civil; CC2a. LP, Sala 1, expte. B 82.265 RSD-5-96 S 13-2-1996; esta Sala, exptes. 150.448 S. 22-5-2012 Reg. 130-S, 151.505 S. 29-11-2012 Reg. 327-S, entre otros).

El actor ha señalado en el escrito de inicio que: “A causa del politraumatismo sufrido, mi mandante ha visto alterada su vida, pasando de ser una persona joven, sana, apta para todo tipo de tareas, tanto laborales como recreativas, a ser una persona con delicado estado de salud, con deambular claudicante, con total limitación en la flexión y extensión en la rodilla izquierda que lo imposibilita para todo tipo de tareas que conlleven una exidencia (sic) física.Se encuentra imposibilitado de realizar prácticamente todo tipo de tarea laboral, quedando relegado de la oferta de trabajo, puesto que a nadie se le ocurriría dar trabajo a una persona de 52 años con la incapacidad laboral del actor”. Y, “. Con esta limitación funcional, mi poderdante ha quedado relegado de esa oferta laboral, sabiendo que ya existe otro empleado en su lugar, que realizará sus tareas”.

Sin embargo, a la luz de las pruebas de autos, y del oficio que -como medida para mejor proveer- se libró a la empresa empleadora, surge que el Sr. Barcos fue reubicado en otro puesto de trabajo (art. 83 del CCT 547/03 “E”), mantuvo la misma categoría que tenía al momento del accidente (categoría 4) y sigue percibiendo -hasta la actualidad- las remuneraciones accesorias tales como horas extras. Ello significa que -además- al no haberse visto afectado su ingreso como agente activo, no perjudica su aporte y por ende su haber jubilatorio como lo alegó el actor a fs. 42.

El hecho de que su capacidad laborativa no se haya visto afectada por la lesión sufrida, no impide tener en cuenta que el perito determinó una incapacidad permanente del 25 % de acuerdo a los baremos de la ley 24.557 (fs. 422, respuesta a punto de pericia 7).

La doctrina y la jurisprudencia han admitido el resarcimiento del daño económico por incapacidad aunque la víctima continúe trabajando o conserve su empleo (zavala de González, ob. cit, pág.391), en consonancia con lo establecido por Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas psíquicas en forma permanente, esa incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y pro el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica a diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. (Fallos: 308:1109; 312:2412). Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia de lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad.” (CSJN, “Pose J.D.I. c. Chubut”, 1992, en LL-11994-B-434, comentado por Venegas P y Compiani M. F., citado en nota 25 por Acciarri Hugo, “Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños”, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, pág. 252; causa O. 85 L. RHE, “Ontiveros Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s. Accidente” , sent. del 10-8-2017).

El autor analiza a continuación cómo debe caracterizarse el concepto indemnizable denotado por el término incapacidad, las posibles estrategias a adoptar, destacando como claramente preferible en general, por sus ventajas expositivas y de aplicación, a la que parte de mantener el carácter exhaustivo y primitivo de la distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial (esta Sala ii, exped. n°156.139, “Correa Héctor Pablo c. Izaguirre Leandro Favio s. Daños y perjuicios”, sent.del 28-8-2014, R 216 S F°918-22; conclusiones de la Comisión n°2 en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Lomas de Zamora, 27 a 29 de septiembre de 2007), pero pronunciándose por una tercera posibilidad alternativa, que a su criterio, explica de modo más directo la indemnizabilidad de la incapacidad por sí, y que consiste en entender que es daño patrimonial, pero no un componente del lucro cesante ( ni siquiera en su versión más lata) ni un tertium genus de daño patrimonial, sino un componente particular del daño emergente (Aciarri, ob. cit. , pág. 254, dentro del Capítulo VIII, parágrafo 4: “El encuadre de la indemnización por incapacidad como daño emergente o lucro cesante. Su indemnizabilidad aún en casos en los que no puede observarse disminución efectiva de ingresos”).

Señala finalmente, que no existe una relación de estricta equivalencia entre el ingreso presente de una persona y la cuantificación de su incapacidad; no hay ninguna necesidad conceptual que lleve a valuar la disminución determinada (25 % en este caso), tomando como parámetro aplicar directamente el porcentaje sobre el monto de los ingresos que sigue percibiendo. “Su incapacidad podría haberse visto menguada en esa proporción, pero en una dimensión cuyo valor de mercado sea inferior, porque representa un obstáculo para tareas peor remuneradas” (ob. cit., pág. 259).

b-1: A la hora de cuantificar el rubro, pueden utilizarse las pautas que brinda el art. 1746 del CCCN, porque como indica Aída Kemelmajer de Carlucci, la existencia del daño se rige por la ley vigente al momento del hecho, pero el modo de liquidar puede estar regido por la ley vigente al momento de la cuantificación ( “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pág. 261; CCCAzul, Sala II, exped. n°2-60896-2015, “Soudrelle María José c. ferraro Jáuregui Luciano Francisco y otro s.Daños y perjuicios”, sent. del 14-6-2016).

Entre las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, sobresale – a mi modo de ver – la fórmula diseñada por el Dr. Hugo Acciarri, quien ha propuesto un método de cuantificación superador de los preexistentes, y además ha creado una sencilla herramienta de cálculo (en planillas de Excel) que permite verificar, controlar y

eventualmente impugnar la decisión adoptada (esta Sala II, exped. n°161.169, “Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otra s. Daños y perjuicios” , sent. del 18-8-2016, R 196-S F°1035/48; véase, Acciarri, Hugo, A. “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, publicado en: La Ley, 15/07/2015 , 1; del mismo autor, «Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables», y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: [http://www.derechouns.com.ar](http://www.derechouns.com.ar/) -último día de visita, 26-10-2017-; en forma complementaria, seguiré en lo sucesivo las ideas expuestas en Acciarri, Hugo – Irigoyen Testa, Matías, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, publicado en: La Ley, 09/02/2011 , 1 , La Ley 2011-A , 877; de los mismos autores, “Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales”, publicado en:RCyS 2011-VI , 22).

Su fórmula es la que sigue:

En ella, [“A1.An”] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1.n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [e1.en], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual A1.An y [“P”] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A2 hasta An) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente- respecto del ingreso del período precedente (An-1).

A fin de proceder a la carga de datos que me permita obtener la renta capitalizada que prescribe el art. 1746 del CCCN, sistema que con anterioridad a la vigencia del nuevo código ya había sido utilizado por esta Sala (exped. n°117.500, “Capatto Graciela c. Setten Juan s. Daños y perjuicios”, sent. del 29-4-2007, r 70 -S f°465/472), voy a tomar en cuenta las siguientes variables:

i) Edad inicial: 58 años ( nació el 27-1-1959; he optado por la opción a) del Instructivo de uso de la Planilla para el cálculo mencionada, [http://www.derechouns.com.ar](http://www.derechouns.com.ar/); art. 772 del CCCN, esta Sala II, exped. 161.169

ii) Porcentaje de incapacidad: la incapacidad determinada de acuerdo a los baremos de la ley 24.557 fue del 25 % (fs. 422).

En atención a que los ingresos del actor no mermaron, ese porcentaje no puede aplicarse linealmente sobre sus ingresos; hay que tener en cuenta las afectaciones sobre la vida social en general denunciadas en la demanda (fs. 40 vta., cuarto párrafo, fs. 41 segundo y cuarto párrafos, fs. 42), y acreditadas con las conclusiones de la pericia medica traumatológica obrante a fs. 417-423 en tal sentido ( en especial, fs. 421, 421 vta. y 422, puntos de pericia 4 a 8), la pericia psicológica de fs. 286-309 (especialmente fs. 290 y sgtes., y los resultados de los tests Escala de ansiedad de Hamilton de fs.299-304, y el Inventario de Depresión de Beck de fs. 305-309); y las declaraciones testimoniales (Sacchetti a fs. 278 vta., respuesta a pregunta 6 y Vera a fs. 343 vta., respuestas a preguntas 6 y 8).

Los dictámenes periciales determinan los porcentajes de incapacidad con base en la ley 24.557, porque no se les requiere entre los puntos de pericia (art. 458 del CPCC), que establezcan un porcentaje descriptivo de la incapacidad funcional.

Ese requerimiento hubiera sido deseable a la luz de la legislación anterior, donde la diferencia conceptual entre incapacidad laborativa y funcional estaba claramente delineada en doctrina y jurisprudencia, y es, a mi criterio, insoslayable luego de la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial y el tenor de la norma aplicable (art. 1746). como la delimitación no se ha efectuado en autos, considero que debe desglosarse el porcentaje total de incapacidad física (25 %), a fin de poder establecer un valor que permita cuantificar la sola disminución de aptitudes productivas, sin incluir las laborativas; de co nformidad a las pruebas producidas estimo adecuado establecer un porcentaje del 10 % para cuantificar ese concepto.

iii)Tasa de descuento: se aplica una tasa de interés puro del 4 % anual (sin el componente inflacionario), que se va a descontar por el adelanto de sumas futuras (exped. 161.169).

iv)Los ingresos y períodos de percepción: Si bien como he señalado, el actor no tuvo una merma en sus ingresos, ni la tendrá en la jubilación que percibirá, a los fines de la carga de datos para obtener la renta correspondiente a este parcial, tomaré en cuenta como ingreso inicial el del recibo de fs. 612 ($ 37.682,07), en razón de que los cálculos, como expresara, deben partir del momento más próximo al dictado de la sentencia (art. 772 del CCCN; SCBA, causa C. 101.107, “Arbizu Víctor Esteban y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Expropiación inversa” , sent. del 23-3-2010; causa C. 117.926, “P.M.G. y otros c.Cardozo Martiniano Bernardino y otros s. Daños y perjuicios”, sent. del 11-2-2015; Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, “Derecho de Obligaciones”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 266; esta Sala II, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138, “Suárez Jorge Oscar y otra c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios”, “Caparrós María Soledad c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios”, “Royal Sunalliance Seguros Argentina SA c. Mesa Argentino Enrique s. Repetición de sumas d dinero”, sent. única del 16-3-2016, R 56-S F°269/93), y hasta la edad de 65 años, en virtud del reclamo del propio actor a fs. 41 vta. último párrafo.

v)La posibilidad de incremento: en atención a que los ingresos -que nunca dejó de percibir- han sido tomados únicamente como parámetros de carga de datos para cuantificar la pérdida de aptitudes productivas en general, estimo que como hecho futuro cierto debe computarse un 10 % de incremento con un 100% de probabilidad.

Aplicadas estas variables al aplicativo referido y que se agrega por separado, formando parte de esta sentencia, se pueden controlar tanto los datos como el resultado, y analizar la representación gráfica de ellos y de la evolución prevista, tomando los ingresos -que no dejó de percibir- sólo como parámetro para la cuantificación. Para cada año de edad de la actora la columna de la derecha representa el ingreso anual proyectado y la columna de la izquierda el valor esperado del ingreso (considerando aquí la probabilidad de que se produzca la variabilidad que indiqué en el apartado v (Posibilidad de incremento). y las ganancias para cada franja temporal).

El cálculo de incapacidad arroja así la suma de $ 297.743,38 (pesos doscientos noventa y siete mil setecientos cuarenta y tres con treinta y ocho centavos).

b-2:La indemnización por incapacidad sobreviniente correspondiente al momento de la finalización de las terapias curativas (8 meses según la pericia de fs.421, respuesta a punto 3; es decir el 8 de noviembre de 2011), y hasta la fecha de la presente sentencia deben estimarse por separado puesto que, tal como apunta con acierto Acciarri, no hay allí un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, que debe ser cuantificado como una deuda ordinaria en mora ( aut. cit., “Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables”).

Con el mismo criterio mencionado y aplicado reiteradamente por esta Sala, consistente en fijar las indemnizaciones al momento más próximo a la sentencia (arg. art. 772 del CCCN, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138 ya citados), entiendo que corresponde tomar el valor del último ingreso agregado a este expediente, $ 37.682,07 (recibo de fs. 612), y aplicarle el porcentaje que se ha establecido como correspondiente a la disminución de aptitudes productivas o incapacidad vital por sí sola (10 % según apartado ii del punto b-).

Así, habiendo transcurrido 5 años y 11 meses desde la recuperación, resulta una indemnización de $ 288.267,83 por este parcial (37.682,07 x 13=449.334,55 x 5= 2.449.334,55; 37.682,07 x 11= 414.502,77 + 18.841,03 = 433.343,80; total 2.882.678,356 x 10 % = 288.267,83).

c)Pérdida de chance:

En cuanto al reclamo basado en la imposibilidad de obtener nuevas oportunidades laborales, no me ha sido posible efectuar una proyección probabilística ya que más allá de la enunciación genérica que hizo el actor no ha aportado datos concretos para poder evaluar -aunque sea mediante presunciones- cuáles pudieron haber sido las posibilidades concretas que verosímilmente esperaba lograr de acuerdo a sus circunstancias particulares (CSJ 85/2014, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART SAA y otr.s/ accidente, Recurso de hecho, sentencia del 10/8/2017, ya citada).

d)Reparaciones a la motocicleta:

El actor incluyó este rubro en la liquidación efectuada a fs. 44, habiendo acreditado el monto pretendido mediante el presupuesto agregado a fs. 35 y ratificado mediante el oficio contestado a fs. 362/3. Esta estimación que corresponde a los daños materiales denunciados, lucen como razonables con el daño evidenciado en el rodado y que pueden apreciarse en el material fotográfico y video grabación agregado a fs. 7/8 95, por lo que este rubro debe ser receptado por el monto demandado que asciende a la suma de $ 3.240. (arts. 375; 384 del cpcc; 1068 cc)

e)Asistencia médica y farmacéutica:

Reiteradamente ha resuelto este Tribunal que tanto los gastos de farmacia como las erogaciones derivadas de los traslados que ha debido procurarse la víctima, se hallan comprendidos entre aquellos gastos orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica del damnificado cuya resarcibilidad expresamente consagra el art. 1086 del código civil, no siendo necesaria la prueba acabada de su existencia, cuando su evidencia emana de la naturaleza de las lesiones sufridas o de informes de historias clínicas emitidas por establecimientos hospitalarios y asistenciales (Cfr. esta Sala, Exptes. 114.019 RSD-42-1 S. 27-2-2001, 134.149 RSD 350 S. 3-7-08, 143.597 RSD 159 S. 10-6-10, entre otros).

Además, en este caso, considero que ellos han sido debidamente acreditados (fe. 13/30; 58/61) por lo que este rubro debe ser receptado por la suma de $ 18.620 pues guarda una relación adecuada con las lesiones, los tratamientos realizados y el tiempo de curación (art.165 y 384 del cpc).

f)Traslados:

En virtud de que el actor tiene su domicilio en la ciudad de Tandil y fue atendido en la ciudad de Mar del Plata, tanto en las primeras atenciones luego del accidente como en la intervención quirúrgica a la que fue sometido y en los controles post operatorios y rehabilitación, considero adecuado reconocer la suma solicitada que asciende a $ 20.000, todo de ello de acuerdo al resultado de la pericia traumatológica agregada a fs. 417/423 (arts. 375, 474 y 484 del CPC).

g) Daño psicológico:

En cuanto al daño psicológico, aunque con renovada y acentuada discusión, en general los autores señalan que en nuestro derecho sólo existen dos clases de daños -patrimonial y moral- y que lo que se denominan daño biológico, daño a la salud o la integridad psicofísica no corresponden a categorías autónomas de daños (ver reseña efectuada por Pizarro-Vallespinos en “Instituciones. T°4, ps.275 y sgtes. Ed. Hammurabi).

Pero lo dicho no significa que la utilización de esas expresiones “no puedan tener buena utilidad para la valoración cuantitativa y cualitativa de ciertos perjuicios, imponiendo al juzgador el deber de considerar por separado, fundadamente, las diferentes facetas y repercusiones patrimoniales y morales de la acción lesiva” (Pizarro-Vallespinos, ob. cit, p. 297).

El llamado daño psicológico puede tener sus proyecciones en el daño moral, como factor de agravamiento o pauta valorativa, como en el daño emergente, consistente en los gastos que demandará el tratamiento en caso de ser necesario, es que “la necesidad de un tratamiento psicológico es una exteriorización patrimonial de la lesión causada en la faz psíquica del sujeto.” (c. Nac. Civil, Sala g, 2002/12/03, dj 200-2-382).

A fs. 42 y 42 vta.el actor fundó el reclamo de este rubro en los gastos en que debería incurrir para solventar la terapia sicológica a la que necesariamente se sometería a fin de superar sus afecciones síquicas generadas por el accidente.

En este sentido, surge de la pericia psicológica presentada en autos a fs. 286/309, y sus posteriores explicaciones (fs. 494 y 510) que “el episodio sufrido produjo una alteración emocional significativa, manifestándose a través de síntomas ansiosos, estados depresivos y fóbicos. Se vio afectada su esfera psicosocial, con disminución en su desempeño y desarrollo personal. Su nivel de actividad se ve disminuido, y las relaciones personales afectadas. Las lesiones sufridas le han provocado un trastorno por estrés postraumático: hay evitación acusada de estímulos que recuerdan el trauma (p. ej. pensamientos, sentimientos, conversaciones actividades, lugares, personas). Síntomas acusados de ansiedad o aumento de la activación (arousal) (p. ej. dificultades para dormir, irritabilidad, mala concentración, hipervigilancia, respuestas exageradas de sobresalto, inquietud motora)”.

De acuerdo a lo informado por la psicóloga respecto a la necesidad de un tratamiento psicológico de tiempo indeterminado de acuerdo a su evaluación, estimo prudente fijar la suma por este rubro en $ 10.800, considerando el valor asignado por la perito a la sesión semanal ($ 150) estimando un tiempo razonable para el tratamiento de su afección en un año y medio (arts. 165 3er párrafo, 474 y 384 del CPC).

IV.2. Daño Moral:

La CJN en un fallo reciente ha dicho: “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” (doctrina de los fallos 334:376 y 85/2014 y Ontiveros, Stella Maris s/recurso de hecho, citado supra).

Así, teniendo en cuenta lo que se evidencia en la información suministrada por la pericia sicológica de fs.286/309, así como en la pericia traumatológica de fs. 417/423 que determinan el carácter grave de la lesión y las alteraciones de su vida en relación derivadas del hecho, coincidente además con la declaración de los testigos de fs. 278/9 y considerando la edad de la víctima al momento del hecho, estimo que debe reconocerse la suma de $250.000 por indemnización del daño moral (arts. 165 y 384 del CPC; 1078 CC ley 340, art. 1741 del CCCN).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la demanda por la suma de $ 868.671,21 comprensiva de los siguientes montos: i: incapacidad funcional (b-1 + b-2) $ 586.012; ii: reparaciones hechas a la motocicleta $ 3.240; iii: asistencia médica y farmacéutica $ 18.620; iv: daño psicológico $ 10.800 y v: daño moral: $ 250.000, con más intereses y costas.

V.Intereses:

Como es sabido, ya desde el año 2009 mediante el dictado del fallo “Ponce, Manuel Lorenzo y ot. c/ Sangalli, Orlando Bautista y ot. s/ Daños y Perjuicios” , (scba, c.101.744; sen. del 21-10-09) la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ratificó el criterio establecido en el caso “Zgonc.” (Ac. 43.448, del 21/05/1991) conforme el cual, en ausencia de una tasa convencional o legal aplicable, los intereses moratorios deben liquidarse a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación (art. 622 Código Civil).

La Suprema corte reconoció que la tasa BIP no era violatoria de su doctrina legal (in re “Zocaro, Tomás A. c. Provincia A.R.T., SA y otros s/daños y perjuicios” ; RI.118615 de fecha 11/03/2015, publicado LA LEY 07/05/2015, 7).

Ya en épocas de vigencia del nuevo Código Civil y comercial (Leyes 26.994 y 27.077), la casación bonaerense ha vuelto a analizar la temática de los intereses moratorios. En su reciente sentencia dictada en la causa “Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios” (causa c. 119.176, del 15/06/2016) resolvió por mayoría que “la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. “c”, Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia.

Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. “c”, C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)” (fallo. cit.).

Esta doctrina legal deviene aplicable tanto a los intereses devengados en épocas de vigencia del artículo 622 del Código Civil como a aquellos que quedan bajo el imperio del artículo 768 inc.”c” del Código Civil y Comercial (esto es, posteriores al 01/08/2015).

Por otra parte, para determinar el momento a partir del cual se computarán los accesorios, el Máximo Tribunal con sede en La Plata en el precitado caso “Cabrera.” resolvió que los intereses moratorios deben calcularse “desde la fecha del hecho dañoso”. Esto último debe entenderse en el sentido de que los acrecidos se liquidan desde el momento en que se produce “cada perjuicio”; esto es, cada daño en particular que es objeto de reparación. No sólo es ese el histórico criterio que la jurisprudencia mayoritaria ha seguido en la materia (sobre todo a partir del célebre plenario de la Cámara Nacional Civil “Gómez c/Empresa Nacional de Transportes” del 16/12/58; L.L. 93-667), sino que es además la pauta establecida en el nuevo artículo 1748 del Código Civil y Comercial, cuyo texto -obviamente- debe ser compatibilizado con las interpretaciones que de él ha realizado la Casación local.

Sin embargo, considero que debe hacerse una distinción en cuanto al comienzo del cómputo de los intereses en cada rubro reconocido.

El criterio de la SCBA es aplicable para la liquidación de los intereses correspondientes a la indemnización por reparaciones a la motocicleta, asistencia médica y farmacéutica y daño moral.

Respecto a la incapacidad sobreviniente (punto b-2), a partir del día siguiente a la finalización de la curación (9-11-2011), y en relación a la incapacidad funcional futura (punto b-1, calculada por la fórmula matemática) y el costo del tratamiento psicológico, a partir de los diez (10) días de quedar notificada esta sentencia, en atención a tratarse de daños que aún no se han producido.

ASÍ LO VOTO A la misma cuestión el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I: Adhiero a lo expresado por mi estimado colega Dr.Loustaunau con relación al tratamiento de los rubros indemnizatorios, al aporte causal del tercero que colisionó con el vehículo del demandado y la inadmisibilidad de la limitación de la cobertura invocada por la compañía aseguradora.

Sin embargo, no coincido -y aquí mi disidencia- con la solución volcada en el considerando III.c de la ponencia que me precede, donde el Dr. Loustaunau se expide sobre el factor de atribución aplicable a Depaoli y la extensión de su responsabilidad frente al actor.

Entiendo que en los casos como el de autos en los que el daño ha sido provocado por el riesgo de una cosa no corresponde aplicar las reglas que rigen la responsabilidad subjetiva por culpa (art. 1109 del Cód.Civ.) sino el factor de atribución objetivo regulado en el art. 1113 segundo párrafo “in fine” del Código Civil entonces vigente (Ley 340).

La razón o fundamento por la que el agente responde en forma objetiva (esto es, con independencia de cualquier reproche que pueda hacerse sobre su conducta), es que ha sido él quien ha introducido en la sociedad un factor de riesgo para terceros (mi voto en causa 161.646, in re “Consorcio de Copropietarios Ed. Av. Colon 2769.” RSD-241, del 18-10-2016).

Si bien es verdad que muchas veces el comportamiento culpable en la utilización de una cosa juega un rol relevante en la estructura causal que deriva en el hecho lesivo (sea porque la transforma en riesgosa cuando de acuerdo a su naturaleza no lo era, o bien porque el agente incrementa el peligro ínsito en ella -como ha ocurrido en el caso en estudio al estacionar indebidamente un vehículo en una calzada en pendiente-), lo cierto es que ello no habilita al juzgador a mudar el encuadre legal del caso alternando entre un factor objetivo y uno subjetivo, o escoger una entre varias soluciones normativas posibles.Máxime si las consecuencias jurídicas que se siguen de adoptar uno u otro camino son sustancialmente diferentes, tanto en lo que respecta a la razón que justifica la condena (la creación de un riesgo; la realización de un comportamiento culpable) como -por sobre todo- en lo atinente a los supuestos en los que el agente se libera total o parcialmente de responsabilidad (respondiendo o no por el aporte causal atribuible a un tercero).

Una interpretación semejante demostraría que el sistema normativo tiene, en este punto, una grave inconsistencia lógica puesto que dos normas (las que regulan la responsabilidad por culpa, por un lado y la que regula la responsabilidad objetiva por el riesgo creado, por el otro) se superponen parcialmente al aprehender un mismo género de casos (daños generados por el riesgo o vicio de la cosa cuyo dueño o guardián, además, actuó en forma culpable) y previendo cada una consecuencias jurídicas muy distintas e incompatibles entre sí (demostrada la culpa de un tercero, en un supuesto el demandado culpable responde solidariamente frente a la víctima por el todo -art. 1109 del CC; y en el otro, el dueño o guardián solo responde en la medida de su aporte causal -art. 1113 seg. párr. in fine del CC).

Estas son las inconsistencias que Alf Ross denominaba de tipo “parcial-parcial”, que ocurren cuando una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra pero también tiene un campo adicional de aplicación en el cual no hay conflictos (Ross, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”. 3ra ed. 1ra reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2006, p. 164).

La solución tradicional a este tipo de problemas lógicos (que, como bien decía Carlos Nino, frustra ciertos ideales racionales que creemos que debe satisfacer todo sistema jurídico) se soluciona acudiendo al principio interpretativo de la ley especial:aun cuando los factores de atribución tienen todos igual jerarquía e importancia, y sin perjuicio del número de casos que uno u otro aprehende en la práctica, lo cierto es que la culpa sigue siendo -incluso en la nueva legislación- la regla general de clausura y los restantes factores de atribución ven condicionada su aplicación a una previsión específica de la ley (arg. art. 1721 del ccyc). En otras palabras, es la norma especial del art. 1113 del Código Civil la que se impone por sobre la pauta general y residual de la responsabilidad con culpa del 1109 del mismo código.

Siguiendo este razonamiento, memoro que la regla contenida en el artículo 1113 segundo párrafo “in fine” del Código Civil establece que si el daño es causado por el riesgo de la cosa, el dueño o guardián debe responder a menos que se exima total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Eximirse significa liberarse de una carga, compromiso u obligación, situación que -al interpretar el texto legal transcripto- debe entenderse que se predica sobre el dueño o guardián de la cosa riesgosa y respecto de aquel que le formula un reclamo resarcitorio (la víctima que sufre el daño). Es decir, esta liberación -para ser y funcionar como tal- debe necesariamente redundar en una disminución de su responsabilidad frente a la víctima reclamante en una proporción idéntica a la incidencia causal ajena que ha logrado demostrar.

Los autores suelen afirmar que la eximente, cuando es total, directamente impide que se configure la responsabilidad; de la misma manera, cabe afirmar que si la eximente es parcial la responsabilidad se configura, pero solo en la medida o en la proporción en que el daño puede ser materialmente atribuible al accionar del agente (o -como en el caso- al riesgo que él ha creado o agravado).

Interpretarlo de otra forma -por caso, extendiendo el marco de aplicación del art.1109 del Código Civil y haciendo responder al demandado por el todo frente a la víctima- tornaría en ilusoria la regulación contemplada en el art. 1113 del código. La eximente, en la práctica, tendría un valor meramente declarativo y solo provocaría un resultado económicamente perceptible en una ulterior acción de recupero frente al tercero por quien -al decir de la ley- el demandado no debía responder.

En suma, entiendo que corresponde juzgar la responsabilidad del accionado Andrés Depaoli a la luz de las normas que regulan el factor de atribución objetivo por riesgo creado (art. 1113 segundo párrafo in fine del Código Civil -art. 7 del Cód.Civ.Com.). Como consecuencia de ello, propondré al acuerdo reducir su responsabilidad de forma tal de respetar el aporte causal generado por el riesgo de la cosa de la cual es dueño o guardián, con la consecuente exclusión de la porción atribuible al tercero (art. 1113 seg. párr. del Código Civil).

ASÍ LO VOTO A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez dijo:

Pese a reconocer que la cuestión que motiva la disidencia entre los distinguidos colegas Loustaunau y Monterisi es objeto de un continuo debate en doctrina (Pizarro – Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones, T.3, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 126), anticipo que adheriré al voto del

Dr. Monterisi.

Está claro que la responsabilidad “solidaria” sólo podría predicarse si el caso debiera juzgarse por el factor subjetivo de atribución (culpa, arts. 1109 y 1081 del Cód. Civ.) y, a su vez, que la responsabilidad “concurrente” solo puede derivar de la aplicación del factor “objetivo” (riesgocreado, art. 1113 del Cód.Civ.).

Ahora bien, cabría preguntarse si en el presente caso el actor – como interpreta el Dr.Loustaunau – ha invocado un doble y simultáneo fundamento de la responsabilidad civil al referirse en su demanda a la teoría del riesgo (factor objetivo) y a la culpa (factor subjetivo).

Analizaré el texto de la demanda en cuestión.

Allí el actor -en el apartado que tituló: “Atribución de la responsabilidad civil”- señaló que: “La responsabilidad de los demandados en la producción del hecho dañoso se perfila de manera clara y contundente, sobre la base del sistema objetivo de atribución de responsabilidad delineado en el art. 1113 del Código Civil.” (sic fs. 37 in fine/38). Asimismo, cito y transcribió doctrina y jurisprudencia para avalar y sostener su fundamentación jurídica, en la que se hace referencia a la imposibilidad de considerar como “eximente” a la culpa de la víctima cuando se trata de un peatón embestido en la acera.

Sólo se hace referencia al art. 1109 del Cód. Civil en los dos últimos párrafos del capítulo aludido, pero no para alegar que el dueño del Peugeot 405 deba responder simultáneamente por el “factor subjetivo” al que refiere aquella norma, sino para señalar que allí se consagra la regla “alterum non laedere”. Textualmente dice:”El art.1109 del Código Civil consagra la regla “alterum non laedere” que se constituye en uno de los grandes principios del derecho y que obliga a indemnizar suficientemente a quien haya sufrido un daño debido a la acción u omisión culpable de otra persona” (textual).

El párrafo siguiente lo dedica a la transcripción de un precedente de la Suprema Corte dela Provincia en el que se describe qué debe entenderse por conducta “culpable”, pero no fue seguido de una explicación en la que quede en claro si ello apuntaba a sostener otro factor de atribución respecto al dueño del rodado, o si, por el contrario, iba dirigido a patentizar -por interpretación a contrario- que, como había dicho al inicio del capítulo, el peatón no tenía culpa alguna en producción de su propio daño. Es decir, la “propia culpa” como eximente frente a un factor objetivo de atribución, como lo es el “riesgo creado”.

Fue sobre esta última base jurídica que contestaron la demanda la aseguradora (ver fs. 78/83) y el demandado (ver fs. 96/102), resultando su única defensa la interrupción del nexo causal que prevé también la norma citada (arts. 18 c.n., 15 cpba, 8 cadh).

Entonces, en mi visión, no existió la invocación simultánea de dos factores de atribución como señaló el Dr. Loustaunau, sino tan solo del factor objetivo aludido.

No albergo dudas de que el automóvil Peugeot 405, dominio BDE 438, constituyó una cosa riesgosa al subirse a la vereda y desplazarse de manera descendente por la pendiente natural de la arteria donde se encontraba, y de tal forma se torna aplicable el art. 1113 del Cód.Civ., vigente al momento del hecho -08/03/2011- (argto. jurisprud. scba, Ac 85701 s 22/11/2006).

En otras palabras, el vehículo no asumió una función “pasiva” en el evento dañoso, por el contrario, introdujo un riesgo que conlleva a la aplicación de la responsabilidad objetiva que prevé la norma citada.Que el vehículo referido estuviera “estacionado” no modifica la calidad de cosa riesgosa por las circunstancias particulares del subexamen (ubicación antirreglamentaria y sin tomar medidas de precaución suficientes para evitar su desplazamiento en una zona de gran pendiente -argto. jurisprud. SCBA, Ac 85701 S 22/11/2006-; art 39 inc.b de la ley 24.449 -Código de Tránsito-).

Partiendo de esa premisa, es decir la de analizar la responsabilidad por el “riesgo o vicio de la cosa”, hago propia la interpretación que efectúa la Suprema Corte de la Provincia al indicar que.”. no se trata de calificar la conducta de quienes responden por su carácter de dueño o guardián -demandado- pues a su respecto la culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos por la norma para atribuir responsabilidad, sino de indicar que, al tiempo de computarse una eventual situación que excluya su responsabilidad, no podrá dejar de valorarse el cuadro total de la conducta de todos los protagonistas, desde una perspectiva integral” (dictamen del Procurador del 18/09/2008 en C. 101875; conf. causas Ac. 47.958, sent. del 8-VI-1993; Ac. 58.660, sent. del 2-IX-1997; Ac. 73.069, sent. del 16-IX-2003, entre muchas más).

En otras palabras, para poder hablar de “responsabilidad solidaria” debería darse un supuesto en el que el accionante haya invocado como sostén jurídico del deber de reparar la aplicación del factor subjetivo de atribución, y ello -en mi opinión- no ocurre en la especie. A todo evento, señalo que aún en el que se interpretara que hubo una doble invocación de factores de atribución, la suerte del recurso no cambiaría.

Efectivamente, de acuerdo a la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos (que tuvo oportunidad de expedirse sobre la solidaridad, materia de disidencia de mis distinguidos colegas) sostuvo que no resulta de aplicación a los supuestos de atribución de responsabilidad objetiva la solidaridad que dimana de los arts.1109 y 1081 del Código Civil referida a la responsabilidad subjetiva, motivo por el cual mal puede sostenerse la obligación solidaria de resarcir el total del daño al damnificado. Y en el mismo precedente el Dr. Soria señaló: “Si el hecho del tercero ajeno concurre con el riesgo creado por el dueño o guardián de la cosa que ha sido condenado no es dable predicar la solidaridad de éste último, pues tal interpretación privaría de pleno valor normativo a las eximentes previstas en el art. 1113, segundo párrafo in fine, del C.C. en cuanto autorizan la exención “total o parcial” de responsabilidad, al excluirlas de su ámbito específico de oponibilidad (en relación con el pr tensor).” (scba, c 101875 S 07/03/2012, “Weheren, Héctor Hugo c/Gejo, Ariel y otro s/Daños y perjuicios (n° 130.354), y su acumulada: “Guerrero, Rodrigo contra Gejo, Ariel y otros. Daños y perjuicios (n° 130.555)).

En definitiva, como adelanté, adhiero a los fundamentos vertidos por el Dr. Monterisi, amén de los que aduno en los párrafos precedentes.

ASÍ LO VOTO A la segunda cuestión planteada el Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde por mayoría:

I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y revocar la sentencia de primera instancia, condenando al demandado Andrés Depaoli y a la citada en garantía La Mercantil Andina S.A. (art. 118 de la LS), a abonar al actor la suma de pesos cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos treinta y cinco con sesenta centavos ($ 434.335,60), resultante de deducir del monto indemnizatorio total ($ 868.671,21), el porcentaje causal del 50 % que se le atribuyó en el considerando III. Apartados a) y b) de mi voto, que en este aspecto hizo mayoría (art. 1113 segunda parte segundo párrafo del C.C.ley 340). II) Los intereses deberán ser liquidados a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso (8-3-2011)hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 del cc ley 340 y 768, inc. “c” del cccn), para los rubros rep araciones de la motocicleta, asistencia médica y farmacéutica y daño moral; para la incapacidad sobreviniente (punto b-2), a partir del día siguiente a la finalización de curación (9-11-2011), y en relación a la incapacidad funcional futura (punto b-1, calculada por la fórmula matemática) y el costo del tratamiento psicológico, a partir de los diez (10) días de quedar notificada esta sentencia, en atención a tratarse de daños que aún no se han producido. Las sumas de condena deberán ser abonadas dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de ejecución (arts. 163 inc. 7 y 166 inc. 7 del cpcc). III) Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido y a la citada en garantía en la medida del seguro (arts. 68 y 274 del CPCC; art. 118 de la LS). IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 14.967.

ASÍ LO VOTO

Los Sres. Jueces Dres. Ricardo D. Monterisi y Rubén D. Gérez votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede, se dicta por mayoría, la siguiente sentencia:I) Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, revocando la sentencia de primera instancia, y condenando al demandado Andrés Depaoli y a la citada en garantía La Mercantil Andina S.A. (art. 118 de la LS), a abonar al actor la suma de pesos cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos treinta y cinco con sesenta centavos ($ 434.335,60), resultante de deducir del monto indemnizatorio total ($ 868.671,21), el porcentaje causal del 50 % que se le atribuyó en el considerando III. Apartados a) y b) del voto del Dr. Loustaunau, que en ese aspecto hizo mayoría (art. 1113 segunda parte segundo párrafo del c.c. ley 340). II) Los intereses deberán ser liquidados a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso (8-3-2011) hasta el día

de su efectivo pago (arts. 622 del CC ley 340 y 768, inc. “c” del CCCN), para los rubros reparaciones de la motocicleta, asistencia médica y farmacéutica y daño moral; para la incapacidad sobreviniente (punto b-2), a partir del día siguiente a la finalización de curación (9-11-2011), y en relación a la incapacidad funcional futura (punto b-1, calculada por la fórmula matemática) y el costo del tratamiento psicológico, a partir de los diez (10) días de quedar notificada esta sentencia, en atención a tratarse de daños que aún no se han producido. Las sumas de condena deberán ser abonadas dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de ejecución (arts. 163 inc. 7 y 166 inc. 7 del cpcc). III) Las costas de ambas instancias se imponen al demandado vencido y a la citada en garantía en la medida del seguro (arts. 68 y 274 del CPCC; art. 118 de la LS). IV) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del cpcc). Devuélvase.

Roberto

Ricardo D. Monterisi

Rubén D. Gérez

Alexis A. Ferrairone – Secretario