

“BETHANCOURT LUCIAN ALEXANDER C/ GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SA S(Nº4)/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC. ESTADO)”

Causa Nº MO-23178-2017

En la fecha indicada al pie, celebrando Acuerdo en los términos de los arts. 5, 7 y 8 de la Ac. 3975 de la SCBA, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores José Luis Gallo y Andres Lucio Cunto**, con la presencia del Sr. Secretario, **Dr. Gabriel Hernán Quadri** y utilizando para suscribir la presente sus certificados de firma digital, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"BETHANCOURT LUCIAN ALEXANDER C/ GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE SA S(Nº4)/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC. ESTADO) Causa Nº MO-23178-2017"** habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-CUNTO** resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

VOTACION

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO , dijo:

I.- Antecedentes

1) Contra la sentencia dictada el 25 de noviembre del 2022, se alzaron tanto la parte actora como la demandada, interponiendo sendos recursos de apelación el día 28 de noviembre del 2022, siendo concedidos los días 28 y 29 del mismo mes.

Arribadas las actuaciones a esta alzada, los días 7 y 9 de febrero del 2023 se presentaron sendas expresiones de agravios, confiriéndose el respectivo traslado el 16 de febrero, mereciendo las réplicas de 24 y 27 de febrero del 2023..

2) El 9 de marzo del 2023, se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.

II.- Las quejas

a.- Agravios del actor

El actor comienza cuestionando en primer lugar la cuantificación del daño moral, por considerarla insuficiente.

Posteriormente, embiste contra la tasa de interés utilizada.

b.- Agravios de la demandada

La parte demandada cuestiona la atribución de responsabilidad decidida en la sentencia cuestionada.

Luego, la accionada, se agravia respecto de los montos establecidos por el sentenciante, al ser violatorios del principio de congruencia., incurriendo en *ultra petita*.

Posterior a ello, en concreto, cuestiona la suma fijada en concepto del daño psicofísico y estético, considerando el abuso en la cuantificación de los rubros reclamados.

Luego de ello, se agravia del rubro tratamiento de rehabilitación, gastos y daño moral.

A los términos de cada una de las fundamentaciones recursivas cabe remitirse en homenaje a la brevedad.

III.- La solución desde la óptica del suscripto

Preliminarmente debo destacar que ambas expresiones de agravios -en líneas generales- cumplen con la manda del art. 260 del C.P.C.C.

Asimismo y también a título introductorio debo resaltar liminarmente que el Sr. Juez de Grado abordó la cuestión a la luz de la normativa vigente al momento de acontecer los hechos, asumiendo idéntica postura a la que esta Sala ha sostenido (causa MO-23.280-09, R.S. 257/15, entre muchísimas otras).-

Aclarado ello, comencemos con el análisis de las cuestiones traídas aquí para resolver.

1.- Atribución de responsabilidad

Vimos anteriormente que, la parte demandada cuestionó, concretamente este punto.

Para abordar la crítica traída, entiendo oportuno comenzar reseñando la decisión jurisdiccional aquí cuestionada, mediante la cual el sentenciante decidió que *"la parte demandada GRUPO CONCESIONARIA DEL OESTE SA resulta responsable ante los daños que guarden una relación de causalidad adecuada con el evento de marras (art. 1726 C.C. y C.)"*.

Al cuestionar tal decisión, el apelante, puntualmente señala que

"...Ahora, ante las lesiones sufridas como consecuencia de ello, siempre la responsabilidad es ajena y no propia. Ello debió ser contemplado por V.S. Es que si el actor hubiese estado utilizando la ropa adecuada, esto es protección de sus pantorrillas, y no bermudas cortas y zapatillas de tela con zoquetes, la lesión cortante no se hubiese producido. Claro y simple."

A pesar de ello, y de la falta de su total utilización (únicamente el casco), V.S. consideró que ello no es una conducta obligatoria y desestimó cualquier responsabilidad por su omisión. Esto genera un agravio económico superlativo a mi mandante quien, por criterio de Vuestra Señoría, deberá indemnizar al actor, sin que se le haya atribuido ningún tipo de responsabilidad en la producción de los daños".

Expuesto el tema, comencemos con la reseña del relato de los hechos que las partes brindaran al comparecer en autos.

Comencemos.

El 6 de diciembre de 2018, Luciano Alexander Bethancourt -mediante su letrado apoderado- promueve demanda por daños y perjuicios contra GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A., en calidad de administrador y concesionario de la autopista Acceso Oeste y/o quien resulte identificado como titular, detentador, poseedor, usuario, usufructuario, civilmente responsable y/o tenga algún derecho sobre la misma con fecha 23 de noviembre de 2016, por los daños y perjuicios derivados de su uso, a efectos de requerir en concepto de reparación de daños y

perjuicios la suma \$1.472.000, sujeta a lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse.

En relación, puntual, a los hechos base de autos, la parte actora destaca que con fecha 23 de noviembre de 2016, siendo aproximadamente las 12:15hs., se encontraba circulando a bordo de su motovehículo marca Honda modelo CG Titan 150, dominio: 559-KOZ, con casco de seguridad colocado, por el tercer carril de la autopista del Oeste con sentido hacia la localidad de Ituzaingó, cuando al llegar a la altura de la bajada hacia la calle Barcala, repentinamente unas maderas que se encontraban sueltas rodaron hacia él provocando su caída al asfalto y lesiones de gravedad.

Destaca que, como consecuencia de la caída, el actor golpeó fuertemente su cabeza sobre el asfalto, perdiendo el conocimiento por unos minutos y resultó herido con un importante corte en su pierna derecha. Inmediatamente fue trasladado por una ambulancia al Hospital Mariano y Luciano de la Vega en Moreno, donde recibió las primeras curaciones, le suturaron la herida contuso cortante que, conforme denuncia, ilustran las fotografías acompañadas. Le indicaron reposo, analgésicos y control posterior. Continuó con el seguimiento de las lesiones padecidas en Consultorios Médicos Brown, donde luego de la realización de estudios le diagnosticaron las siguientes lesiones: traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, rectificación de la columna lumbar, rectificación de la columna cervical, traumatismo rodilla derecha, traumatismo ambas muñecas, sutura de herida contuso cortante en cara anterior de miembro inferior derecho.

Imputa responsabilidad en la demandada y reclama los daños que detalla al incoar la acción, fundando en derecho, ofreciendo prueba, solicitando que se dicte sentencia admitiendo la demanda en todas sus partes, con costas, condenando solidariamente a los demandados a abonarlo reclamado, con más sus correspondientes intereses y costas hasta el momento de su efectivo.

El 12 de febrero de 2019 contesta demanda GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A.

Luego de realizar la negativa de rigor, con excepción de los que expresamente quedan reconocidos, destaca que el día 23 de noviembre de 2016, siendo aproximadamente las 12.30 horas, el actor se encontraba circulando en dirección ascendente por la Autopista del Oeste a la altura km 24.44 y que fue socorrido, en el lugar del siniestro y trasladado al Hospital Mariano y Luciano de la Vega en la localidad de Moreno.

A continuación, expone las características del Acceso Oeste a la altura aproximada del Km 19, entre ellas:

1) Existen 4 (cuatro) carriles de circulación de 3.65m de ancho c/u más una banquina externa de 3.00m de ancho una banquina interna de 1.40m, todo pavimentado por sentidos de circulación.

2) Ambas calzadas se encuentran divididas por un cantero central 3.00m de ancho aprox. separadas por defensa de hormigón tipo new jersey de 0.86 m de alto y

en las banquetas externas posee defensa metálica tipo flex beam, según plano que se adjunta como prueba documental.

3) La velocidad máxima es de 130km/h y la mínima es de 60km/h, ambas para vehículos livianos.

4) La calzada principal se encuentra correctamente señalizada vertical y horizontalmente, según plano que adjunta como prueba documental y conforme a la Ley N° 24.449 de Tránsito y Seguridad Vial y su decreto reglamentario N° 779/95.

5) Entre la calzada principal y la calle colectora existe un cerco perimetral de 1.50m de altura, según plano que se adjunta como prueba documental.

6) Posee iluminación artificial con columnas de 17 m. de alto ubicadas en el cantero central cada 60 m aproximadamente, según plano que se adjunta como prueba documental.

Imputa responsabilidad en el accionante, al encontrarse circulando en una autopista sin protección alguna. Indica cuáles son los elementos necesarios para conducir de forma segura en las carreteras del país: 1) Casco; 2) Antiparras/gafas; 3) Tapones para los oídos; 4) Guantes a fin de evitar cortes, heridas y raspaduras, ante una caída; 5) Coderas y rodilleras para la protección contra impactos; 6) Indumentaria adecuada; 7) Protectores para cuello; 8) Espaldera; 9) Equipo de lluvia; 10) Calzado adecuado para la protección de pies y piernas.

Afirma que si el actor hubiese estado utilizando la ropa adecuada, esto es protección de sus pantorrillas y no bermudas cortas y zapatillas de tela con zoquetes, la lesión cortante no se hubiese producido. Impugna los rubros reclamados y ofrece prueba.

Manifiesta exclusión de cobertura, toda vez que el monto del reclamo es menor al de la franquicia de la póliza de seguro vigente al momento del accidente. Destaca que la entidad aseguradora queda excluida de afrontar el pago de cualquier suma condenatoria respecto de estas actuaciones, peticionando, *plus petitio inexcusable* y sanción por temeridad y malicia.

Concluye, la accionada, solicitando el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Vemos así, que, los litigantes son contestes en cuanto a la producción del evento, aunque difieren en la atribución de responsabilidad del mismo.

Pasemos ahora al encuadre normativo.

En tal sentido, el art. 1769 del C.C. y C.N. indica que "*los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos*".-

Con lo cual, devienen de aplicación las pautas de los arts. 1757 y siguientes.-

En virtud del primero "*toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el*

uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".-

La responsabilidad se coloca, concurrentemente, sobre el dueño y el guardián (art. 1758) indicando que *"se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta".-*

Ahora, cuando la responsabilidad es objetiva, debemos abreviar en el art. 1722: ***"el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario".-***

Coincidentemente, y cuando se hubiera alegado la conducta de la propia víctima como eximente legal, debemos acudir al art. 1729 que ya no habla -como regla- de "culpa" de la víctima, sino de "hecho del damnificado".-

El artículo indica que **"la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".-**

El círculo termina de cerrarse con la regla del art. 1734 del mismo estatuto legal: la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega.-

Así, y desde mi punto de vista, el mecanismo de juzgamiento no ha variado, en sustancia, del existente en el régimen del anterior: siguen pesando sobre las partes las mismas cargas de afirmación y demostración, y siguen siendo de utilización -para nosotros- iguales pautas de juzgamiento.

Profundicemos, sobre el corredor vial.

Para ello estimo necesario recordar lo sostenido por este Tribunal en la causa nro. 14. 528, R.S. 106/16, donde se sostuvo:

"1) A esta altura de la evolución doctrinario- jurisprudencial es indudable que entre el usuario de los corredores viales concesionados y la empresa titular de dicha concesión existe una relación contractual, sinalagma que origina obligaciones recíprocas; existe igualmente una relación de consumo y una indudable obligación de seguridad en testa de la concesionaria; a los cual adito la obligación de no dañar.-

a.- La relación contractual surge por cuanto el usuario decide pagar un precio o peaje para utilizar la fluidez de desplazamiento y seguridad que la Autopista debe brindar; en lugar de circular por las "colectoras" el automovilista opta por aceptar la oferta onerosa del concesionario; va de suyo que ello obliga al concesionario a brindar la seguridad a la que antes hiciera referencia (Arts. 1197, 1198 y cc. del C.C.A.); el uso y la seguridad son las contraprestaciones de dicha relación contractual.-

b.- Existe una relación de consumo enuncada en la ley de Defensa del Consumidor N° 24240 y sus modificaciones introducidas por las leyes N° 24.999, 24.568, 24.787; el Art. 1 inc. b del texto originario incluye entre los beneficiarios de la ley a quienes requieren la prestación de servicios y el Art. 2 incluye en la normativa a los prestadores de servicios; y los Arts. 19, 28 y 30 ratifican tal encuadre.-

Más allá de esa norma concreta la Const. Nacional en su Art. 42 establece que los usuarios de servicios tienen derecho en base a aquella relación de consumo a la protección de su salud y seguridad; y similar norma contiene el Art. 38 de la Const. de la Pcia. de Buenos Aires

c.- Y la obligación de no dañar se asienta en el brocardico “alterum no laedere” del cual nos habla el Art 1109 primer párrafo del Digesto de Fondo, con la correlativa obligación que quien daña debe reparar integralmente, salvo los supuestos del Art. 514 del C.C.A.-

d.- Va de suyo que por elementales principios de equidad la obligaciones reseñadas en cabeza de las concesionarias de las Autopistas ceden ante la indudable prueba de un caso fortuito o fuerza mayor (Art. 514 del C.C.A.) cuyo onus probandi terminante e indudable recae en quien explota el corredor vial (Art. 375 del C.P.C.C.).-

e.- Lo hasta aquí dicho encuentra total respaldo jurisprudencial a través de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la S.C.J.B.A., como asimismo de Tribunales Inferiores.-

La Corte Nacional a través del antecedente “Bianchi” (citado por la a quo) varió su jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa (causas “Ruiz, Fallos 312-2138; “Bertinat”, Fallos 317-1114; “Colavita”, Fallos 323-318) estableciendo, aún sin aplicar la ley 24.240 en función de la fecha de su sanción, que la relación “concesionario”-“usuario” es diversa a la que el primero tiene con el Estado y obliga al prestatario del servicio al cumplimiento de la obligación de seguridad (sentencia del 7 de Noviembre de 2006).-

En idéntico sentido se ha expedido la SCJBA en numerosos antecedentes: “Barreiro c/Semacar” Ac.95629/2010; “Rodríguez c/Servicios Viales” Ac. 89548/2010.-

La Sala I de la Cámara Departamental, también se expidió estableciendo la responsabilidad de la Autopista por los daños sufridos por un usuario al colisionar con un perro (Causa 52.098 R.S. 241/05); y esta Sala II, integrada en el caso por el Dr. Calosso que lideraba el Acuerdo y los actuales miembros del Tribunal Dr. Gallo y el Insfrascripto, también se pronunció sobre el particular en la causa 47192, R.S. 698/04; dijimos allí y reitero aquí que

“el contenido y términos de la relación de derecho público que existe entre el concedente o el concesionario no es oponible al usuario del sistema de rutas concesionadas por peaje, quien al pagarlo establece con la empresa concesionaria una relación de derecho privado distinta de base contractual. En tal sentido, el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una

típica relación de consumo (arg. arts. 1 y 2 de la ley 24.240), por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual.

Que, en concreto, frente al usuario el concesionario tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad. Casi innecesario resulta agregar que para obtener tal prestación es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario vial lo percibe.

Que, entendida de tal manera, la obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etc., sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades. Por ello, demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario -como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva- una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta, deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etc".

La doctrina, si bien hasta hace algún tiempo bifronte, ha evolucionado hacia los principios antes relacionados; Jorge Mario Galdos en un lúcido artículo publicado en La Ley del 12 de Mayo de 2004 sintetizó con total acierto el tema; decía aquel autor que "en el marco de la ligazón jurídica entre las partes, de derecho privado patrimonial, las obligaciones jurídicas en cabeza de la concesionaria incluyen la prevención, y resarcimiento, en su caso, por la aparición de animales sueltos lo que significa, saludablemente, prescindir del distingo entre obstáculos móviles o inertes. Será entonces la concesionaria la que deba probar la ruptura parcial o total del nexo causal, acreditando la ajenidad del hecho dañosos a la regular prestación del servicio", y el mismo autor reiteró su enfoque en J.A. 2006 Fascículo II comentando el fallo de la Corte Nacional del 21 de Marzo de 2006 in re "Ferreira c/Vico"; con referencia al antecedente Colavita, reiteradamente citado para eximir a las concesionarias de su responsabilidad, aquel perdió la virtualidad vinculatoria; y de dicho fallo, que conformó mayoría son de resaltar los votos de los Ministros Zaffaroni y Lorenzetti; cuando al Dr. Zaffaroni expresó que "el concesionario de un corredor vial debe responder ante el usuario por los daños causados por animales que invaden la carretera"; y el Dr Lorenzetti expreso que "El paso de animales por una ruta concesionada no constituye un evento imprevisible. La responsabilidad que el art. 1124 CCiv. Pone en cabeza del dueño o guardián de un animal no es excluyente de las que cabe a quienes –como el concesionario vial- tiene a su cargo con fundamento en un deber de seguridad".-

f.- En conclusión: los usuarios y los concesionarios de las autopistas están ligados por una relación contractual de consumo en función de la cual aquellas asumen una concreta obligación de seguridad que las hace responsables por accidentes ocasionados por perros sueltos, salvo los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; y ello encuentra su respaldo normativo en los Arts. 42 Cons. Nacional, de la Const. Provincial; 1197, 1198, 1109, 514 y cc. del C.C.A.; 1 inc. b), 2, 19, 28,30 y cc de la ley 24240 con las reformas de las leyes 24999, 24569 y 24787.-

2) En función de los parámetros enunciados he formado plena convicción en el sentido que el fallo en crisis se ajusta a Derecho, lo cual así fundo:

a.- Con relación al marco normativo que la demandada expone, "brevitatis causae" me remito a lo expuesto en 1) donde rebato aquel encuadre de la apelante.-

b.- No considero que en autos se haya probado por la demandada (Art. 375 del C.P.C.C.) la hipótesis del Art. 514 del CCA que la liberaría de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; precisemos el concepto de ambas hipótesis.-

Ambos son producidos por dos causas: por el hecho de la naturaleza o por el hecho del hombre; por el hecho de la naturaleza en los casos en los cuales aquella provoca desastres no previsibles; por el hecho del hombre en casos como la guerra, los actos de autoritarismo o de bandalísmo entre otros (ver nota del Codificador al Art. 514 con cita de Troplong y del Código Civil Francés).-

Resulta indudable que un animal suelto en una autopista no encuadra en ninguna de las dos hipótesis.-

c.- Tampoco en el caso en juzgamiento existió la inevitabilidad del hecho desencadenante del caso que nos ocupa.-

Y digo tal por cuanto la demandada no produjo prueba alguna en tal sentido (Art.375 del ritual); coincido con la a-quo: era la demandada quien debía probar el recaudo al cual me vengo refiriendo (...)"

d.- La demandada sostiene que en todo caso la responsabilidad de lo ocurrido no le es atribuible sino que es del dueño del perro (Art. 1124 del C.C.A.), de la Autoridad Municipal, de la Policía, de la Gendarmería, de la Policía de Seguridad Vial y de la Policía Distrital.-

No le asiste razón: tales eventuales responsabilidades, en todo caso serian concurrentes con la concesionaria y esta luego de afrontar el daño tendría a su alcance promover las acciones de repetición que viere convenirle".

Asimismo, en la causa nro. 62322 (R.S. 266/13) se sostenía que:

"el Art.514 del Código Civil define el caso fortuito como el que no ha podido preverse o que previsto no se pudo evitar; va de suyo que la imprevisión no debe ser culpable y la inevitabilidad debe ser objetivamente apreciada.-

Y en tal orden de razonamientos estimo que ninguno de esos recaudos tipificantes concurren en la especie.-

El hecho no fue imprevisible: la experiencia diaria, a la cual los jueces no podemos ser ajenos, indica que la aparición de animales en las rutas se encuentra dentro de los límites de previsibilidad del tránsito (esta Sala en causa nro. 56.646 R.S. 508/09).-

(...)

Y, fundamentalmente, el hecho no fue inevitable.-

Digo, al respecto, que solamente con colocar alambrados, personal en cada uno de los accesos a la autovía (como sí se han colocado dispositivos retractiles tendientes a evitar que los vehículos ingresen o egresen de la autopista sin pagar el peaje correspondiente) o cámaras de seguridad que demuestren el ingreso de animales -u otros objetos peligrosos- a la cinta asfáltica dando aviso en forma inmediata a la seguridad vial de la misma y así poder actuar con rapidez para quitar el obstáculo o cualquier otro método que de debido cumplimiento con lo dispuesto por los art. 12 y 24 del Reglamento de Explotación, se podrían evitar accidentes como el acontecido en autos.-

Es, a mi modo de ver, jurídicamente disvalioso que se adopten los recaudos del caso para asegurar el pago por parte de los usuarios del canon respectivo y que, paralelamente, no se adopten medios similares para asegurarles un tránsito seguro".-

Por cierto, el cumplimiento -e idoneidad- de las medidas enunciadas deberá ponderarse, en cuanto a su eficacia, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada caso concreto (art. 171 *in fine* Const. Pcial.), no siendo suficiente la adopción de cualquier medida, sino -insisto- las necesarias de acuerdo a las exigencias puntuales de cada situación".-

Sentado ello, he de pasar -ahora- al análisis del plexo probatorio; ello con la advertencia que he de analizar los elementos de prueba de acuerdo a la regla de la sana crítica, haciendo mención o poniéndose énfasis sólo en aquellos que sean esenciales para formar mi convicción (conf. arg. Art. 384 del Cód. Procesal), y/o como ha dicho nuestro mas Alto Tribunal que "como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, **SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO** en lo más fehaciente" (conf. SCBA, DJBA, t. 36, págs. 393 y 471, autos "Emmi c/ Carnevale", Agosto/53).

Teniendo en cuenta el concreto agravio traído en este punto (las medidas de seguridad del motociclista), analizaré el informe de la pericia mecánica (art. 384 y 474 del C.P.C.C.), exclusivamente con ese enfoque.

Veamos.

El experto en dicha ocasión informa:

"De acuerdo a lo que establece el art. 29. i. de la Ley 24.449, nacional de tránsito, las motocicletas deben estar equipadas con casco antes de ser libradas a la

circulación. Asimismo de lo establecido en el art. 40, en los requisitos para circular, se desprende que para poder circular con una motocicleta es indispensable que sus ocupantes lleven cascos normalizados y si la misma no tiene parabrisas, su conductor use anteojos. Por otro lado, el Decreto 779/95, reglamentario de dicha ley establece:

j.1) Casco de seguridad para motociclistas: elemento que cubre la cabeza, integralmente o en su parte superior, para protegerla de eventuales golpes. Debe componerse de los siguientes elementos:

(...)De acuerdo a resultados estadísticos, la utilización de este elemento reduce la posibilidad de que se pueden producir lesiones en la cabeza o reduce las consecuencias de las mismas, sin embargo la protección no es completa y se producen lesiones de distinta severidad a pesar del uso del casco, aunque en una proporción menor.

PREGUNTA 5): “INDIQUE SI LOS ELEMENTOS DE SEGURIDAD MENCIONADOS EN EL PUNTO 4.2. DEL PRESENTE SON NECESARIOS PARA CIRCULAR”.

*Los elementos de seguridad activa que posee un vehículo son aquellos que sirven para dar una mayor estabilidad al vehículo en marcha y reducir al mínimo el riesgo de un accidente. Componen la seguridad activa elementos de serie como los **frenos**, los **neumáticos**, los **faros**, y otros elementos diseñados específicamente para tal fin, como por ejemplo el **ABS** (Antilock Break System, sistema de antibloqueo de ruedas), sistema que no posee una moto como la que nos ocupa.*

Los elementos de seguridad pasiva tienen como objetivo minimizar al máximo las lesiones graves o mortales en los ocupantes del vehículo, una vez que el accidente no ha podido ser evitado. Forman parte de la seguridad pasiva de un motociclista, el uso del casco, la ropa de protección como la chaqueta o campera, guantes, protecciones, botas, pantalones, etc.

- El casco es esencial y su uso es obligatorio por ley y deben estar homologados.*
- Los guantes protegen las manos, ya que cuando se produce una caída se tiende a apoyar las mismas y por lo tanto ayudan a evitar raspaduras o la gravedad de lesiones cortantes en las mismas. Además, en épocas de frío reducen el efecto del viento sobre la mano.*
- Camperas y pantalones: ayudan a evitar la abrasión de la piel contra el asfalto cuando se producen caídas.*
- Protección de rodillas: para reducir el efecto de los golpes y raspones en las caídas.*
- Botas: Protegen los pies de lesiones y raspones en pérdidas de equilibrio y caída”.*

Asimismo, el perito al contestar las explicaciones que le fueron requeridas destacó

“En el informe pericial presentado, con respecto al casco de los motociclistas se indico claramente:

1. *Que es un elemento protector que cubre la cabeza con la finalidad de protegerla de eventuales golpes.*

1. *Que de acuerdo a lo que establece la Ley 24.449, nacional de tránsito, debe estar normalizado y su uso es obligatorio para los motociclistas.*

1. *Que de acuerdo a resultados estadísticos, la utilización de este elemento reduce la posibilidad de que se pueden producir lesiones en la cabeza o reduce las consecuencias de las mismas, sin embargo la protección no es completa y se producen lesiones de distinta severidad a pesar del uso del casco, aunque en una proporción menor.*

Por lo expuesto entonces, desde los alcances del presente informe y teniendo en cuenta que para el actor se denuncian lesiones para su cabeza, este perito no puede establecer si las mismas se produjeron por no utilizar el casco o bien las mismas son de una proporción menor que las que se le hubieran producido si no llevaba dicho elemento protector correctamente colocado".

De la compulsa de las presentes actuaciones no encuentro merito para apartarme de las conclusiones del experto (art. 384 y 474 del C.P.C.C.).

Como vemos, la conclusión del perito fue terminante:

Las leyes vigentes solo obligan a los motociclistas a utilizar un casco protector homologado y si la moto no tiene parabrisas, a usar anteojos, siendo el resto de los elementos de protección OPCIONALES.

No puedo dejar de remarcar, tal como lo destacáramos precedentemente que los usuarios y los concesionarios de las autopistas están ligados por una relación contractual de consumo en función de la cual, **aquellas asumen una concreta obligación de seguridad que las hace responsables por accidentes como el ocurrido en el caso de autos**, siendo, como vimos, su concreto respaldo normativo el propio art. 42 de la Constitución Nacional, razón por la cual considero que no resulta ajustado a derecho dividir la atribución de responsabilidad en virtud del requerimiento (por parte del recurrente) de factores de seguridad por parte del motociclista que NO OBLIGATORIOS según la normativa vigente, **cuando es la propia concesionaria tiene que velar por la seguridad de los consumidores.**

En virtud de lo expuesto, considero que se deberá rechazar el agravio traído, y confirmar el decisorio recurrido en este punto.

2.- Incapacidad psicofísica y daño estético

La accionada, cuestionó la procedencia del rubro y su cuantificación.

En primer lugar, es necesario recordar -en cuanto a la incapacidad física- que, en mi concepción, la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser

humano (Zavala de González, Matilde. "Resarcimiento de daños", t. 2da..Daños a las personas:, pág. 71 y sgs.).

La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. Const. Nac., 89 del C. Penal, 1086 y ccs. del Código Civil -hoy art.1746 y ccs. del nuevo CCyCN-).

Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa nro. 30.973, R.S. 389bis/1993).

Amén de ello, y como el tema involucra la valoración de la pericia llevada a cabo en autos, debo recordar -de todo comienzo- que en cuanto al valor probatorio de los dictámenes periciales, he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en su conocimiento personal, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III,396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).

Recuérdese, además, que esta Sala ha puesto de manifiesto -reiteradamente- que "tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria" (causa nro. 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa nro. 35.173, R.S. 114/96, entre otras) y que las discrepancias técnicas de las partes con las conclusiones del experto designado no son -por si solas- elementos suficientes para apartarse de lo dicho por el experto (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.; esta Sala en causa nro. 48.539, R.S. 472/05, entre otras).

Aclarado ello, analicemos la pericia médica (presentada en autos, el 19 de abril del 2022), la cual, hemos de valorar bajo lo normado por los arts. 384 y 474 del C.P.C.C.

Allí el experto indica:

"(...) El actor padeció como consecuencia del accidente relatado traumatismo de cráneo con transitoria pérdida de la conciencia, traumatismo de columna cervical. También refiere la columna lumbar, la rodilla derecha, ambas muñecas y lesión a nivel de la pierna derecha.

(...) Se encuentra disminuido para realizar deportes donde se requiera la indemnidad de los sectores comprometidos.

(...) La mecánica accidental descrita resulta idónea para producir las lesiones cuyas secuelas se observan actualmente.

(...) En un examen preocupacional, el actor se hallará disminuido, de acuerdo a las secuelas que presenta.

(...) De acuerdo a las secuelas observadas, se considera que a nivel de la región cervical, el actor presenta una incapacidad parcial y permanente de un 8%; por la cicatriz en la pierna derecha, la incapacidad generada es de un 7%; por la lesión a nivel de la rodilla derecha, con su secuela correspondiente, es de un 6%.

(...) No requiere cirugía plástica por la cicatriz que actualmente presenta, ya que fueron suturadas dentro de los principios estéticos, y que no demandarían una nueva cirugía en el actor.

(...) De acuerdo a las secuelas observadas, se considera que por la cicatriz en la pierna derecha, la incapacidad generada es de un 7%

(...) Fecha de alta médica otorgada por el Hospital Mariano y Luciano de la Vega.

La fecha de alta médica fue el 23/11/2016.

(...) Presenta una cicatriz de herida contuso-cortante de 12cm de longitud por 3cm de ancho en la parte más ancha, en la cara anterior de la pierna derecha. En algunos sectores anfractuosa, de coloración más clara que la piel circundante. Compatible con la herida contusa padecida con motivo del evento traumático.

(...) El actor fue suturado como consecuencia de la herida recibida, no habiéndose hallado el registro de la cantidad de puntos que al apostre no es un factor determinante para el tratamiento de la herida.

9. Indique si el daño estético alegado por el actor puede incidir en su vida laboral o social.

Todo daño estético, especialmente el de las dimensiones que presenta el actor incide en la vida social y laboral de un individuo.

(...) El actor no relata otros accidentes viales de importancia que hayan producido lesiones físicas, según nos manifiesta.

(...) En el Hospital Mariano y Luciano de la Vega, el actor recibió sutura en una herida contuso-cortante en pierna derecha con exposición de tejido óseo tibial. Se le efectuó examen de rodilla, tobillo y cadera derecha.

En Consultorios Médicos Brown, se diagnosticó y trató al actor por un Traumatismo encefalocraneano, un edema en rodilla derecha, limitación dolorosa en la movilidad de columna cervical, rodilla derecha, ambas muñecas".

El experto, el 10 de mayo del 2022, brinda las explicaciones que le fueron oportunamente requeridas, destacando:

" (...) Las lesiones descritas en la rodilla derecha, originadas en el accidente del 23/11/2016, han tenido jerarquía suficiente (téngase en cuenta que padeció una herida en pierna derecha con exposición ósea) como para proyectarse en secuelas a futuro.

(...)Las lesiones en las rodillas son lesiones que pueden ser ocasionadas también por actividad deportiva.

(...) Las lesiones padecidas en el accidente motivo de esta peritación tienen entidad suficiente para producir las secuelas descritas en el examen físico, así como su aparición en estudios por imágenes. Si el actor, por decisión propia, no consultó a especialista, o si su sintomatología dolorosa no le impedía movilizarse, ello es independiente de que las lesiones, como se expresó anteriormente, tenían entidad suficiente con sus secuelas para ser detectadas en la resonancia magnética del 17/04/2017.

(...) El Alta médica es consecuencia de una valoración profesional, para continuar desarrollando tareas laborales, en este caso.

La sintomatología pudo haber persistido. Además, el 16/12/2016 se retiran puntos de sutura en la cara anterior de la pierna derecha, vale decir, después del 13/12/2016. Atención efectuada por el Dr. Juan Carlos Araujo – MN 49.354, indicando que retiró puntos de sutura de la pierna derecha y se mantienen pautas de alarma, analgésicos, antibióticos, y en una radiografía de rodilla derecha, se describe diastasis fragmentaria rotuliana retropatelar.

5. Aclare el experto si existió consulta o diagnóstico entre el 17/5/2017 y el 01/12/2021.

No hay constancias de documentación médica donde especialistas consignen atención del actor entre el 17/05/2017 y el 01/12/2021. Sí en cambio hay registros, con firma ilegible, que denotarían asistencia fisiátrica, como se expresa a continuación:

Hay constancias de diagnóstico de lumbalgia postraumática y de cervicalgia postraumática el 19/05/2017, el 22/05/2017, el 24/05/2017, el 26/05/2017, y con diagnóstico de esguince de rodilla derecha el 20/05/2017, el 23/05/2017, el 27/05/2017, el 30/05/2017, el 29/06/2017, el 31/06/2017, el 02/06/2017, el 05/06/2017, el 07/06/2017, el 09/06/2017, y también desde el 29/05/2017 hasta el 13/06/2017.

(...)Las lesiones detectadas en estudios por imágenes en el examen semiológico de la rodilla derecha también pueden ser ocasionadas por lesiones deportivas.

(...) El dolor es un signo subjetivo y fue positivo la detección del mismo, según manifestó el actor, al palpar la región anterior de la rodilla, especialmente la rótula. Ese dolor está relacionado con el aparato extensor de la rodilla, donde la rótula, junto al tendón cuadricipital, el tendón rotuliano y el tubérculo distal forman parte del aparato extensor de la rodilla.

(...) Las lesiones en la rodilla derecha y sus secuelas pueden ser tratadas con fisioterapia para mejorar su pronóstico.

(...) Las posibilidades de dolor real en la flexoextensión están dadas por la presencia de lesiones en ligamentos cruzados posterior, con características de posible desgarro microfibrilar y signos cicatrizales adyacentes de desgarro al ligamento lateral externo, de aspecto secular postraumático., así como aumento del líquido intraarticular retropatelar que llega al receso cuadricipital.

(...) Si tomamos en cuenta que en la resonancia del 17/05/2017 presentaba alteraciones de desgarros fibrilares parciales, ligamentarios, alteración de la configuración del ligamento colateral interno por desgarro, alteración de la configuración y señal del tendón del cuádriceps rotuliano, del ligamento colateral externo y del cruzado posterior, y en la resonancia del año 2021 se observaba alteración en la señal y configuración de las fibras de inserción proximal del ligamento cruzado posterior, con características de posible desgarro microfibrilar, así como signos cicatrizales adyacentes de desgarro al ligamento lateral externo, con aspecto postraumático.

Es, entonces, posible la persistencia de la sintomatología hallada en el actor".

Asimismo, el 7 de junio del 2022, el perito informa

"(...)La diastasis rotuliana configura un síndrome de desplazamiento rotuliano que puede producir una rótula inestable. En tanto que los hallazgos de la resonancia del 17/05/2017, con las alteraciones a las que se hace mención, razonablemente puede tener relación con el evento traumático del 23/11/2016, aunque no puede descartarse que el actor haya padecido un traumatismo posterior al del 23/11/2016. Pero se reitera que las lesiones son concordantes con la mecánica del traumatismo que denunció el actor".

Recordemos que nuestro Código de Procedimientos nos brinda las pautas para el evaluar la fuerza probatoria del dictamen pericial.-

La doctrina a abordado el estudio de tal cuestión ha destacado que “el dictamen de un perito no es relevante por el solo fundamento de la presunción de su conocimiento, de su arte o técnica, puesto que es característica del orden

científico la refutabilidad de las conclusiones a que allí se arriba. Precisamente, más científico será el dictamen cuando más sujeto a comprobación objetiva se halle y menos seriedad habrá de atribuírsele cuando se sustente en opiniones subjetivas cuya refutación no es posible, porque se origina en la persona misma del experto en cuanto se trate de pura estimación u opinión. Se configura la validez científica del dictamen de un perito en cuanto recurre a una característica más de toda labor de ese tenor, cual es la remisión a múltiples pautas objetivas para la elaboración de conclusiones verificables y cuya validez no se basa únicamente en el título del experto sino también en la coherencia interna del dictamen y en la posibilidad de comprobación y verificación de sus referencias a elementos externos útiles, para la ordenación lógica de la labor respectiva” (cfr. Morello - Sosa- Berizonce, “Códigos procesales...”, T:V-B, pág. 452).-

La Corte local ha dicho que “la fuerza probatoria de los dictámenes periciales es de meritación exclusiva del magistrado quien, teniendo en consideración la competencia de las personas que efectúan los mismos, los principios en que puedan fundarlos y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrece, tomará su propia convicción, adjudicándole el valor que estime apropiado para la resolución de la “litis” (SCBA, DJBA, v 134, p 345 o La Ley 1988v. p. 100).

Sumo a la valoración de la experticia demás elementos de convicción (art. 384 del C.P.C.C.), como por ejemplo el apuntado por la demandada en su expresión de agravios, informe de la pericia psicológica presentado el 30 de diciembre del 2021, en cuanto al relato del evento que allí se efectuara, a cuya lectura en concreto me remito.

Ahora bien, analizados, los elementos de convicción recolectados, me llevan desestimar los cuestionamientos técnicos del apelante respecto de las lesiones sufridas por el actor, dado que entiendo que más allá de lo manifestado en dicha presentación recursiva, no encuentro elementos de convicción por parte de la demandada (art. 375 del C.P.C.C.) que me lleven a apartarme de las conclusiones del mencionado perito (arts. 384 y 474 del CPCC).

Concretamente, como vimos, el perito ha remarcado que **la mecánica accidental descripta resulta idónea para producir las lesiones cuyas secuelas se observan actualmente**, valorando el porcentaje de cada una de las incapacidades. De allí partimos.

Ahora, si bien en relación a la rodilla, el experto destaca que las lesiones detectadas en estudios por imágenes también pueden ser ocasionadas por lesiones deportivas, lo cierto es que en concreto, no tenemos prueba alguna que efectivamente tuvo una lesión deportiva (art. 375 del C.P.C.C.), mientras que resulta obvio que el accidente base de autos se encuentra probado.

Tampoco se observa que, frente a las, destacadas, discrepancias técnicas, el apelante efectuare planteo alguno en la alzada relativo a lo normado por el art. 255 del C.P.C.C.

Por ultimo, tampoco considero prueba irrefutable para restarle merito a la pericia médica en análisis, los dichos del actor en el contexto del dictamen psicológico, en relación al relato de los hechos y sus actividades, siempre enfocado en las lesiones e incapacidades evaluadas.

Atento a lo expuesto, la procedencia del rubro resulta innegable; y sobre este piso de marcha queda por aludir -ahora- a la tarificación del perjuicio.

Al efecto cabe recordar que, tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa nro. 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suares), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de un margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).

También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. S.C.B.A., Ac. y Sent. 1972, t. I, pág. 99; 1974 t. I, pág. 315; 1975 pág. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos -prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso- (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, pág. 137).-

Por otra parte, cabe recordar que esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.-

Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirieron los otros vocales integrantes de la misma en la causa nro. 37.152, R.S. 359/97 -entre otras-, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y pruebas en cada caso en particular, no obstante y reiterando, tal

base de cálculo se hace tomando como base objetiva el punto de incapacidad en la suma que corresponda; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría en inequitativo.-

Actualmente el valor referencial utilizado es el de \$400.000 por cada punto de incapacidad; ello, claro está, adecuándolo a las diversas variables que el caso concreto ofrezca.

En este sentido, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del "calcul au point" no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse -y exteriorizar en la motivación del fallo- un punto de partida objetivo, adecuado, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 7/4/2010).

De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado -valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia- con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecúe a las circunstancias del caso (art. 165 CPCC) y respete el principio de integralidad (art. 1083 del C. Civil).-

Por otro lado, es necesario añadir a todo lo dicho alguna consideración mas, en cuanto a la aplicación de una fórmula matemática (polinómica), a los fines de tarifar los resarcimientos.-

Al respecto, en varios precedentes la Suprema Corte de Justicia provincial, sin desconocer la utilidad de los cálculos matemáticos, ha reprobado los fallos que se apegaron excesivamente a los mismos; como lo dijo el Dr. de Lázzari las fórmulas juegan como un elemento mas a considerar junto con un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación; aseverando que en la labor cuantificadora no debe aplicarse en todos los casos de modo invariable e indiscriminado un mecanismo u operación aritmética sino que es menester confrontar, además, las circunstancias particulares de la víctima; y, en este sentido, se descalifica el fallo que se limitó a aplicar una fórmula matemática (Sup. Corte Bs. As., 11/2/2015, "P.M.G. y ot. c. Cardozo, Martiniano y ot." y sus acumuladas), temperamento seguido también en otros fallos (Sup. Corte Bs. As., 15/4/2015, "B.V. c. Municipalidad de Esteban Echeverría s. Accidente de trabajo").

Además, hay una circunstancia que -creo- debe tenerse en cuenta: la cuestión de los ingresos futuros frustrados.

Y así opino pues, si se va a trabajar dándole una relevancia significativa a este dato (o pauta) debemos estar seguros (o al menos medianamente convencidos)

de que la incapacidad pericialmente informada efectivamente produjo ese impacto o detrimento económico.

De este modo, es -desde mi punto de vista- insuficiente limitarse a conjugar el porcentual de incapacidad pericialmente informado con los ingresos de la víctima, en la medida en que no esté demostrado que el menoscabo padecido vaya a tener ese impacto, concreto y en el caso, sobre aquella fuente de ingresos.

Básicamente: debería estar demostrado que la incapacidad informada por el perito vaya a provocarle, o le haya provocado, efectivamente una merma del porcentual informado en cuanto a sus ingresos.

Esta cuestión, desde mi punto de vista, conspira contra los cimientos mismos del método de tarificación mediante la aplicación de fórmulas matemáticas.

Y con esto no quiero significar -tal como se lo señala en los evocados casos de la Suprema Corte- que no deba seguirse alguna pauta -medianamente razonable y cognoscible- para operar la tarificación, sino solamente que no corresponde la utilización -mecánica y exclusiva- de pautas matemáticas cuando, en definitiva, las bases mismas del cálculo en cuestión no son del todo sólidas.

E, incluso, en estos días (meses o años) de marcada inestabilidad económica, con circunstancias que se modifican casi de manera permanente, es sumamente complejo pronosticar, o vaticinar siquiera, cuál sería el monto, o forma de cálculo, que pudiera arrojar el resultado que nos indica el art. 1746 del CCyCN.

Pues se trabaja con variables a futuro y, hoy en día, el futuro es bastante incierto.

Sentado ello, teniendo en cuenta las lesiones sufridas, el porcentual de incapacidad que le ha quedado al actor, al momento del accidente génesis de estos obrados, las enunciadas pautas referenciales de tarificación, como así también las repercusiones (concretas, no abstractas) que el hecho les produjo, entiendo que resulta ajustada a derecho la suma fijada por el sentenciante, debiendo desestimarse el agravio puntual de la demandada. (art. 165 del C.P.C.C.).

3.- Daño moral

El sentenciante cuantificó el rubro en \$1.000.000, siendo cuestionada dicha tarificación por ambos recurrentes.

Ingresando al tema debo recordar que he sostenido reiteradamente antes de ahora, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho dañoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente y las conclusiones periciales se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas por la víctima por el hecho dañoso.-

En lo que hace al monto indemnizatorio fijado por tal concepto, cabe recordar que hemos dicho en esta misma Sala (ver entre otras voto de mi autoría: 43.370 R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano.

Siendo menester señalar, que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).-

Además, y en respuesta a los concretos argumentos de la parte demandada, reiteradamente hemos venido señalando que daño psicológico y daño moral son partidas resarcitorias que responden a diversos conceptos, integrando el primero el "daño material" y el segundo el "daño moral", pudiendo bien existir un padecimiento espiritual -dolor- sin verificarse un daño material relacionado con la esfera psíquica del reclamante (causa nro. 44.116 R.S. 621/01, entre otras), distinguiendo que (incluso) se trasladan al régimen probatorio por cuanto el daño psicológico requiere de prueba específica, mientras que el moral -tal lo dicho mas arriba- si la víctima ha sufrido padecimientos físicos se tiene por demostrado in re ipsa.-

Al decidir en la causa 25.021, R.S. 100/18, hemos señalado que "*por ser notorio y estando autorizado o legitimado para peticionar como lo hace por la norma del art. 1078 del Código Civil, y teniéndose presente el carácter reparatorio y no represivo que para mí tiene este componente del derecho de daños*".

Por lo demás, el art. 1741 del CCyCN nos brinda algunas pautas relativas a la forma de calcular el monto a fijar (reparaciones sustitutivas).

Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones personales del actor, como así también las características del hecho, las lesiones que padeció, el nivel de dolor que pueden haber generado las mismas y la incapacidad que le ha quedado, considero que el monto fijado resulta reducido, debiéndose elevar el mismo a la suma de \$3.000.000 (art. 165 del C.P.C.C.)

4.- Tratamiento de rehabilitación

El sentenciante cuantificó, el rubro en \$90.000, siendo el mismo cuestionado por la accionada.

La jurisprudencia de la Sala sostiene que la acumulación de indemnización y tratamiento solo procede cuando estos tienen carácter preventivo de agravamientos y no curativos de la incapacidad pues en este último supuesto se estaría otorgando una doble indemnización (esta causas 47399, R.S.7/04; 66.275 R.S.71/12 entre otras).

En el caso, no se observa que el perito médico, tanto en el dictamen presentado como tampoco en las explicaciones que le fueron requeridas, determine, en forma concreta el carácter preventivo o curativo del tratamiento señalado.

Razón por la cual y al haberse valorado y justipreciado las lesiones incapacitantes anteriormente, considero que se deberá revocar la sentencia cuestionada y rechazar el rubro en análisis.

5.- Gastos

El Sr. Juez *a quo* establece la procedencia del rubro por la suma de \$30.000, generando ello el embate de la demandada.

Sabido es que ciertos gastos (honorarios de médicos; traslados; etc.) aunque no se haya demostrado documentadamente su existencia deben ser reparados, pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, carácter de ellas, tratamientos aconsejados, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.-

Importante resulta mencionar, dado el tenor de los agravios vertidos por el apelante que reiteradamente esta Sala, con cita de jurisprudencia del Superior Tribunal, tiene dicho que: **"...el hecho que la víctima de un accidente de tránsito se haya atendido en establecimientos asistenciales públicos, no obsta a que en la indemnización se incluya una suma en concepto de gastos médicos y de farmacia, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventadas por el paciente. El resarcimiento debe guardar concordancia con las lesiones, afección o enfermedad sufrida, sin que resulte indispensable que se encuentre documentado su importe -S.C.B.A., Ac.y Sent., Tº 1.976-I-549; D.J.B.A., T. 118-74.-No debe olvidarse que el art. 1.086 del Código Civil establece que la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido..."** (conf. Causa de esta Sala Nº 21.203, R.S. 134/88, Nº 41.649, R.S. 607/99, entre otras).-

También es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad, que **"...corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe..."** -S.C.B.A., Tº 117, pág. 127- (conf. Causas de esta Sala Nº 20.745, R.S. 63/88; Nº 24.973 R.S. 165/90; Nº 41.649, R.S. 607/99).

Presunción que, ahora, es receptada en el art. 1745 del CCyCN.

En el caso concreto de autos vienen probadas las lesiones sufridas por la actora como consecuencia del evento de autos como así también su atención médica.

Frente a tal cuadro de situación, los \$ 30.000 otorgados en la instancia originaria no aparecen –en la especie- elevados, por lo que habré de proponer su confirmación (art. 165 del C.P.C.C.).

6.- Ultra petita

La demandada considera que el sentenciante ha determinado sumas extraordinarias respecto de las que han sido peticionadas por el actor.

En primer lugar debo remarcar que el accionante, en el escrito de promoción de demanda, al referirse a las sumas indemnizatorias reclamadas, expresó **"o en lo que más o en menos el elevado criterio de V.S. determine de las probanzas a ofrecerse en autos, con mas sus correspondientes intereses y costas hasta el momento"**.

Sentado ello, he de recordar que, respecto al principio de congruencia, que, esta alzada, en la causa 48.558 R.S. 156/04, señaló **"... En lo atinente al principio de congruencia es la obligación del judicante de fallar en función de los planteos concretamente realizados por las partes al trabarse la litis lo cual veda expedirse extra,**

citra o ultra petita; el principio dispositivo que inspira todo nuestro proceso civil deriva a la facultad y voluntad de las partes los planteos que someten a la jurisdicción y esta no puede pronunciarse más allá de esos planteos; en ello radica el principio de congruencia impuesto por el art. 163, inciso sexto y cc. del C.P.C.C. y el tema no es meramente formal: hace al debido proceso y al derecho de defensa de las partes que en el marco de la traba de la litis han expuesto sus respectivas posturas.-

Tales principios han sido reiteradamente sostenidos por la Sala en la actual y en anteriores y diversas integraciones (Causa Ns 35.476 del Registro de ésta Alzada, R.S. 120/96, entre otras) estableciendo que: "Allí, se dejó sentado que el principio de congruencia fue conceptualizado por Jaime Guasp, como "...la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones y teniendo en cuenta los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre la que recae y el título que jurídicamente lo perfila en cuanto delimitan ese objeto..." (autor citado, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1.956, pág. 555, ns 4, ap. III).-

Por su parte, nuestro Código de forma recepta dicho principio en los arts.34, inciso 4s y 163, inciso 6s, del C.P.C.C., estableciendo la obligatoriedad del respeto a aquél, que se correlaciona con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis (Cfr.. Carnelutti, "Instituciones del Proceso Civil", Tsl, pág.474, ed.1959, trad. por Sentis Melendo).-

La sentencia debe entonces, ser congruente con los temas que integran el "thema decidendum", es decir, no deben ser dictadas "ultra petitum", ni "extra petitum", ni "citra petitum".-

Dictar sentencia "extra petita" comporta decidir sobre lo que no está en juicio -materia de debate-, conteniendo el fallo algo distinto a lo que fue objeto de la pretensión y de la oposición -"ne eat iudex extra petita partium".-

Las sentencias dictadas "ultra petita" son aquéllas en las cuales el fallo sobrepasa las pretensiones oportunamente planteadas por las partes, concediendo o negando más de lo peticionado por los litigantes -"ne eat iudex ultra petita partium"-, lesionando así las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio.-

Por último, un fallo no puede contener menos de lo peticionado por los justiciables, o sea, que no puede omitir resolver sobre alguna pretensión u oposición que forma parte de la litis -"ne eat iudex citra petita partium"-; en este supuesto, estaríamos ante una violación al principio de congruencia por haberse fallado "citra petita" (conf. Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos...", T. II-C, pp. 79/85).- La congruencia, así, se impone no sólo para las pretensiones principales, sino también para las incidentales (arts. 34 inc. 4 y 161 inc. 2 C.P.C.C)".-La demandada basa su argumento en el sentido que el principio de congruencia ha sido violado y que el fallo se ha pronunciado "ultra petita" en el hecho que los montos condenados superan los inicialmente reclamados.-

Por lo dicho anteriormente, no observo que el sentenciante, frente al planteo inicial del actor, y lo que surge de los temas tratados precedentemente, haya violentado el principio de congruencia tal como el demandado señala en sus agravios,

pues ésta cumple con las exigencias dadas por el art. 163 y 165 del Código de forma provincial, habiendo el accionante expresado una suma netamente referencial, dejando, como vimos, aclarado que dicho monto queda supeditado a lo que el sentenciante valore desde su criterio de las probanzas de autos.

Razón por la cual considero que se debe rechazar el presente agravio

7.- Intereses

Abordando la queja actoril, he de recordar que si bien, hasta el momento de celebrarse el Acuerdo nro. 839 de este Excelentísimo Tribunal, me había venido inclinando por la aplicación de la tasa pasiva digital (o la más alta, dependiendo del tenor de los agravios) informada por la banca provincial, a partir de dicho Acuerdo me plegué a la postura de aplicar la tasa pura (6%) establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los casos "Vera" y "Nidera".

Así lo hice por varias razones.

En primer término, porque dicha postura se había tornado mayoritaria en el seno de esta Excelentísima Cámara.

Por lo demás, se tornaba -desde mi punto de vista- necesaria la unificación de posturas entre las diversas Salas de este tribunal (dos de ellas desintegradas, por vacancias), para permitir a los justiciables, profesionales e incluso a los órganos judiciales de la instancia previa, tener pautas certeras y uniformes acerca de la orientación jurisprudencial de la Excelentísima Cámara como tribunal de Alzada.-

Viene cierto que ello podría haberse logrado a través del mecanismo del art. 37 de la ley 5827 (donde cada integrante de la Cámara explicitara su criterio personal), pero indudablemente hubiera implicado una demora considerable, carente de sentido cuando -a la luz de lo dicho en el párrafo anterior- tal postura se había tornado mayoritaria en el seno del tribunal.

Pues bien luego de ello la SCJBA se ha expedido en la causa C 123.090, "Paredes Roberto Gabriel Horacio c/ Transporte La Perlita S.A. s/ Ds. y Pj." (fallo del 18-09-2020) considerando aplicable la doctrina sentada en materia de cálculo de intereses en casos de evaluaciones de deudas realizadas a valor real en las causas C.120.536 "Vera", sent.de 18-04-2018 y C.121.134, "Nidera", sent. de 3-05-2018 a un supuesto análogo presente.

Y dicho criterio fue mantenido en los pronunciamientos posteriores del mismo tribunal.

Con lo cual, las potenciales objeciones acerca de nuestro acuerdo pasan a un segundo plano, teniendo en cuenta la clara toma de postura del superior tribunal local sobre la cuestión.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta los disímiles mecanismos utilizados para la tarificación de los rubros, siguiendo la orientación de la casación bonaerense, entiendo que se deberá aplicar, la tasa pura del 6%, para la totalidad del capital de condena, desde la fecha del hecho y hasta el dictado de la sentencia de primera instancia, atento a no haber planteo al respecto de la accionada y a partir de allí la tasa fijada por el sentenciante.

8.- Costas de alzada

Las costas de alzada se deberán imponer, 90% a la demandada y el 10% restante al actor (art. 68 del del CPCC) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CUNTO DIJO:

Adhiero a la propuesta del voto que antecede, aunque con alguna aclaración conceptual.

Decía en la causa 47.618 del Registro de la Sala 3ª, sentencia del 28 de Diciembre de 2021, que -con respecto a la cuantificación del perjuicio- considero que no puede fijarse en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales que puede ser meras pautas indicativas y sugeridas, como así tampoco por el conocido parámetro del "calcul au point", sino que debe adoptarse un criterio que, en cada caso, contemple las específicas circunstancias de la víctima, especialmente las referidas a la edad, estado familiar, preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción y la incidencia que ésta tiene para el cumplimiento de las tareas que desarrollaba, inclusive en su vida de relación, como también el nivel socioeconómico en que se desenvolvía (art. 165, C.P.C.C.; conf. SCBA, causa L, fallo del 7/4/2010).

Decía, asimismo, en la causa mo-21839-2014, sentencia del 3 de Marzo de 2022 del Registro de esta Sala que los montos dependen de las circunstancias del caso, y que varían o pueden lícitamente variar de caso en caso, y de tiempo en tiempo, no estando constreñido moral ni jurídicamente a seguir los valores que en otros casos pudieran haberse fijado, ni tampoco el método del calcul au point, sino más bien me inclino decididamente por la posición establecida por el Dr. Jordá en cuanto a que el monto a fijarse no puede ser fruto, de manera exclusiva, de la aplicación mecánica de los porcentajes informados por los peritos o de meros cálculos matemáticos, y que esa clase de porcentajes sólo constituyen un elemento más a considerar entre una multiplicidad de variables.

Pues bien, desde esta perspectiva y computando las circunstancias del caso, si bien no comulgo con la utilización del calcul au point como forma de fijación de los montos, sí he de coincidir con la tarificación propuesta por mi colega de integración la cual, a mi modo de ver, conjuga adecuadamente el perjuicio sufrido con las circunstancias particulares de quien ha sido dañado; de hecho, puede observarse que si bien se menciona el método de fijación aludido, el resultante económico al que se llega -y al que adhiero- no es una mera cuenta matemática.

Por tales consideraciones y fundamentos, coincidiendo asimismo con los restantes expuestos por el Dr. GALLO, adhiero a su voto dando el mio

PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE REVOCA** la sentencia cuestionada, en cuanto recepta el rubro tratamientos de rehabilitación, el cual **SE RECHAZA**. Asimismo **SE MODIFICA** el monto fijado en concepto de daño moral, **ELEVÁNDOSE** el mismo a la suma de \$ 3.000.000, **MODIFICÁNDOSE**, también, lo decidido en cuanto a la tasa de interés, dejando establecido que los intereses correrán a la tasa del 6% desde la fecha del hecho, hasta la fecha del dictado de la sentencia de la instancia de origen y a partir de allí se calcularán a la tasa fijada por el sentenciante; **CONFIRMANDOSE** el decisorio recurrido en todo lo demás que fue materia de agravios.

Costas de Alzada, 90% a la demanda vencida y el 10% restante al actor (arts.68 y 71 del CPCC).

SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE en los términos del Acuerdo 4013 de la S.C.J.B.A., mediante resolución autonotificable, remitiendo copia de la presente a los siguientes domicilios electrónicos:

20205739522@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

20259267510@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

AFERREYRA@MPBA.GOV.AR

DEVUELVA SIN MAS TRAMITE AL JUZGADO DE ORIGEN, DEJANDO CONSTANCIA DE QUE, PARA EL CASO DE SER NECESARIA LA ELEVACION DE LAS ACTUACIONES FRENTE A ALGUNA PRESENTACION DE LAS PARTES, LAS MISMAS SERÁN REQUERIDAS POR ESTE TRIBUNAL