



NEUQUEN, 31 de Marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**PEREIRA HECTOR FABIAN C/ CUENCA VICTOR ERNESTO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)**" (JNQCII EXP 522341/2018) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En hojas 314 a 324, el actor expresa agravios contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2020.

Como primer punto, cuestiona la responsabilidad concurrente atribuida por la magistrada, entendiendo que se apartó arbitrariamente de las pruebas producidas, que acreditan la maniobra antirreglamentaria del demandado.

Señala que se incurre en un error al establecer una presunción de adelantamiento que no tiene sustento, en tanto la prueba determina de forma categórica que el actor circulaba por calle Rodhe en dirección Sur por la margen Oeste del carril (en paralelo) y que el demandado en su utilitario lo hacía en el mismo sentido pero sobre la margen Este del carril, unos metros más adelante; siendo el accionado quien realiza una maniobra de giro a la derecha, interponiéndose en el carril del actor que circulaba en línea recta.

Indica que en el croquis de la pericia accidentológica (hojas 127/129), se establece que circulaban ambos vehículos en paralelo, más adelantado el demandado, y que no existen elementos para arribar a la conclusión de que el actor embiste desde atrás, ni realizar un paralelismo "*de colisión por alcance*".

Agrega que con las declaraciones testimoniales no se probó el exceso de velocidad, el adelantamiento por la derecha, ni una colisión por alcance (desde atrás), siendo el demandado quien realiza un giro hacia su derecha sin señal alguna para ingresar a un predio frentista, cruzándose de forma transversal en el paso del actor.

Destaca que es contradictorio que se haya considerado *"...que no se demostraron los extremos que requiere el artículo 42 de la ley de tránsito para el caso de adelantamiento, ni las velocidades impresas a los rodados involucrados como tampoco las distancias entre ellos"*, pero se presume que el actor choca por detrás al no respetar la velocidad y distancia necesarias, habiéndose producido el punto de impacto en la puerta delantera derecha del vehículo mayor.

En segundo lugar, se queja de una errónea aplicación del derecho, siendo que en el caso, la plataforma fáctica probada se subsume en la normativa específica reglada por el art. 39 inc. b), art. 43 inc. a), b), c) y d) de la ley 24.449; alegando que no se probó en la causa la ruptura del nexo causal (arts. 1757, 1758 y 1759 del C. C. y C).

Asimismo, critica por insuficiente la cuantificación del daño moral fijada para compensar los padecimientos sufridos.

Recuerda la incapacidad dictaminada en las pericias, y refiere que no se han valorado los 14 meses de tratamiento, la intervención quirúrgica para la colocación de clavo endomedular, ni los padecimientos por los dolores debido a la infección y rechazo del material.

Agrega que tampoco se ha considerado su contexto familiar, tratándose de un padre soltero de 40 años, que poseía un proyecto de vida y contaba con un sin número de actividades, quien vive en la casa de su madre junto a ésta y

un hermano que padece una discapacidad severa (cfr. pericia psicológica y testimonial de Olave).

Cita jurisprudencia de esta Alzada en apoyo a su pretensión, reclamando se eleve dicho rubro a la suma de pesos quinientos mil (\$500.000).

1.2.- Corrido el traslado, es contestado por el demandado en hojas 337 a 339 y vta., solicitando su rechazo con costas.

1.3.- En hojas 325 a 330 y vta. formula agravios el demandado.

Afirma que la juzgadora ha determinado un porcentaje concurrente de responsabilidades, enfocándose en la opinión del perito accidentológico, pero es el motociclista quien despliega una maniobra totalmente antirreglamentaria e imprudente.

Entiende claro que el actor pretendió adelantarse por la derecha, destacando que, producto de la gravedad de las lesiones sufridas, es evidente que circulaba con exceso de velocidad.

En segundo lugar, cuestiona que la incapacidad fue determinada en base a una pericia médica, respecto de la que oportunamente planteó su nulidad, por no existir identidad del accionante con el informe realizado.

Dice que, en esas condiciones, mal podría esa parte haber impugnado el informe en cuestión.

Alega que la pericia en cuestión corresponde al expediente 452210/2011 en trámite ante el Juzgado Civil 3, por lo que solicita se disponga su remisión a fines de evidenciar la irregularidad.

Afirma que el planteo no se sustanció y la magistrada nada dijo al respecto.

Por último, se queja de que el actor no denunció el inicio del reclamo contra la ART en el fuero laboral,

remarcando que, si no se constata de manera eficaz la situación de aquellas actuaciones, el actor estaría percibiendo una doble indemnización si ambos juicios prosperan a su favor.

Afirma que, pese a haberlo denunciado, no se tomó ninguna medida al respecto.

1.4.- Corrido el pertinente traslado, es contestado por la parte actora en hojas 332 a 334vta., solicitando su rechazo con costas.

Con respecto a la mecánica del accidente, reitera los fundamentos de su recurso.

En punto a la pericia médica, se remite a la aclaración formulada por el perito.

Finalmente, con respecto al juicio contra la ART que tramita en el fuero laboral, asevera que no recibió pago alguno, y que la aseguradora allí demandada niega su responsabilidad.

2.- Ingresando en el análisis de los recursos deducidos, corresponde principiar por el segundo agravio de la parte demandada, en tanto implica un pedido de apertura a prueba en respaldo de la nulidad que dice haber articulado.

Sin embargo, y contrariamente a sus afirmaciones, de las constancias del expediente no surge que esa parte articulara la nulidad del dictamen pericial.

Conforme resulta del objeto de su escrito de hoja 219, su planteo tuvo por fin impugnar la pericia porque «no guarda relación de identidad con la practicada al actor de autos».

Esta impugnación se tuvo presente, en tal carácter, en hoja 220 (25/06/2019).

Luego, el perito aclaró que el nombre consignado en las conclusiones del dictamen (Martínez, Milton Javier), fue

el resultado de un error de tipeo, pero que el informe corresponde al estado del actor en autos.

Esta aclaración también su tuvo presente.

De la sinopsis formulada resulta que, en primer lugar, el apelante consintió ambas providencias, tanto la que calificó su presentación como impugnación, como la que tuvo presente la aclaración del perito (conf. art. 179).

En segundo lugar, y más relevante aún, fue el mismo auxiliar quien subsanó el error material en el que incurrió, y esa formulación es concordante con el resto del dictamen pericial presentado, que comienza consignado correctamente los datos del actor, para luego describir los hechos y las lesiones que son materia de este conflicto.

En este contexto, el planteo formulado por la parte demandada debe ser rechazado.

2.1.- Despejado el punto anterior, deben abordarse los cuestionamientos que ambas partes formulan a la mecánica del accidente, y la distribución de la responsabilidad consecuentemente decidida.

No se encuentra discutido que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva (conf. arts. 1723 y 1757 CCyC) y que, para liberarse, el deudor debe demostrar «*la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*» (art. 1722 CCyC).

En el caso, la sentenciante presumió que la víctima obró negligentemente y, en base a tal circunstancia, distribuyó la responsabilidad en un 50% para cada interviniente.

Las partes, por su lado, se endilgan mutuamente la responsabilidad exclusiva por el siniestro.

En la dilucidación de este conflicto, debe tenerse presente que la causa ajena, consistente en el "hecho del

damnificado" (art. 1729 CCyC), debe ser acreditada de manera tal que no deje margen de duda.

Este estándar de prueba riguroso en lo que hace a la culpa de la víctima, fue forjado bajo el imperio del art. 1113 del Código Civil, y se mantiene con el régimen actual ("hecho del damnificado", en la terminología del nuevo Código).

Así hemos sostenido que *«dicho precepto, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida. Al accionado no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: de ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente.*

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, Brian de Chistriansen, Silvia c/Gozzi, Hernando" LLBA 2000-850)» ("CIFUENTES C/ GOLDENBERG S/D.Y P.", EXP N° 473968/2013, entre otros).

En igual línea ha sostenido el TSJ: *«... la norma referida consagró, como factor de atribución de la responsabilidad, al riesgo creado. Este factor objetivo atiende a los comportamientos que siendo lícitos son creadores de riesgos o peligros. En este caso, quien aprovecha de la*

cosa considerada peligrosa, sólo puede liberarse acreditando la incidencia de factores extraños que interrumpen la relación causal (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras Miguel A. (Directores), Código Civil Comentado... Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 333 y s.s.). La finalidad de esta regla es lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico de reparar (S.C. Mza, 28/12/1999, L.L Gran Cuyo 2000-211)... la eximente de culpa de la víctima, alegada en autos por la accionada, debe ser suficientemente probada por ésta. Y debe ser la única causa del hecho para eximir, totalmente, de responsabilidad, además de reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad (C.S.J.N, 4/9/2001, D.J. 2001-3-1022, L.L. 2002-A-488).

Si la culpa de la víctima no se ha demostrado de manera suficiente, no puede liberarse en forma total al demandado de responsabilidad por los daños causados; sin perjuicio de la eventual división de la responsabilidad que pudiere corresponder, en función de la concurrencia de culpas, de encontrarse ésta efectivamente probada (C.S.J.N. FALLOS: 324:2666)...» (cfr. ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil).

Este criterio del TSJ ha sido reiterado en un pronunciamiento más reciente, en el que dejara sin efecto un fallo de esta Sala. Sostuvo puntualmente: **«...resulta desacertado colocar en cabeza de la víctima la carga de probar la culpa o negligencia del dueño o guardián de la cosa riesgosa, por inversión del onus probandi producto de una presunción de culpa elaborada a partir de la condición de 'embistente' que se atribuye a la damnificada, si tal proceder implica neutralizar en ese supuesto el sistema de imputación por riesgo elegido para resolver el caso, conforme el cual, quien acciona en función del Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del C. Civil solo debe probar el daño, la**

relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter del dueño o guardián del demandado.

Probado estos extremos y no habiéndose acreditado la eximente alegada corresponde condenar al titular del automotor conforme la regla del artículo 1113 del Código Civil, la cual -reitero- no se destruye por meras inducciones o indicios o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que otorguen fuerza a la eximición de responsabilidad atribuida al dueño o guardián de la cosa generadora del daño» -Ac. 19/16, "VÁZQUEZ, ROSANA CONTRA PADILLA, JUAN CARLOS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"- ("ROJAS HERMOSILLA C/ ALBUS SRL S/D .Y P.", JNQC13 EXP 349957/2007).

Aplicando estas consideraciones al caso, como primer punto he de destacar que, contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, no existen elementos que acrediten que el actor circulaba con exceso de velocidad.

Tanto la pericia realizada en sede penal (hoja 14 legajo MPFQ LEG 105605/2018), como el informe producido en este trámite (hoja 127), coinciden en que no se cuenta con los elementos necesarios para calcular las velocidades de los vehículos.

De las declaraciones testimoniales, solo el testigo Juan Abel Bezina, sin mostrar ninguna seguridad sobre el punto, dijo que «no sé a qué velocidad más o menos, pero 50 o 60 más o menos...».

Entonces, la afirmación que formula la parte demandada, en punto a que, producto de las lesiones sufridas, resulta evidente que el demandado circulaba a exceso de velocidad, no tiene más fundamento que su propia convicción, y no resulta suficiente para tenerlo por acreditado.

Debo remarcar que, la prueba de las circunstancias eximentes, es carga de quien las alega (conf. art. 1734 CCyC)

y, como consecuencia de ello, los efectos negativos de su insuficiencia recaen sobre esa parte.

Entonces, como vengo diciendo, no se encuentra acreditado que el actor condujera en exceso de velocidad.

Con respecto a las restantes circunstancias del accidente, por razones de orden, he de dividir el análisis entre la maniobra del demandado y la del actor.

En relación al demandado, la magistrada realiza un análisis de las constancias del legajo penal y de las declaraciones testimoniales, al que me remito en honor a la brevedad, y dice que *«ante la falta de prueba en contrario, concluyo que a los fines de realizar la maniobra de viraje el demandado no demostró haber cumplido con todas las señales debidas ni que se cercioró en forma suficiente que las condiciones del tránsito le permitían realizar el giro con seguridad. Máxime, teniendo en cuenta que el giro realizado fue a los fines de ingresar a su vivienda lo que le implicaba detener su marcha por completo»* (hoja 297).

Contra esta afirmación, la parte demandada se limita a sostener que su conducta *«no merece ningún tipo de reproche, realizó las maniobras conducentes y que exigían las circunstancias del caso, colocar la luz de giro para ingresar a su domicilio particular (dicho por los testigos)»* (hoja 327 vta.).

Más allá de la clara insuficiencia de la aserción realizada (conf. art. 265 CPCyC), lo cierto es que de la prueba producida, en particular de las testimoniales, no resulta que el demandado haya cumplido con las previsiones del caso.

Por el contrario, se encuentra demostrado que, al pretender ingresar a su domicilio, se abrió hacia la izquierda de la calle, para luego girar abruptamente a la derecha, sin realizar ninguna advertencia previa.

En relación al desvío hacia la izquierda, véase que en la absolución de posiciones, el demandado fue requerido «Para que jure como que es cierto que, cuando transitaba a la altura del 900 usted se abre hacia su izquierda y luego gira hacia la derecha para ingresar al garaje ubicado en su domicilio a la altura 938 de la calle Rodhe», y contestó «Bueno si, la verdad que me abrí un poquito para poder entrar».

El testigo Juan Abel Bezina, por su parte, dijo que «Veníamos todos en caravana, de repente la camioneta **se abrió así, como que nos daba el paso a nosotros, se abrió, sin poner ninguna señal, sin hacer giro nada, y se cerró de golpe,** cuando se cerró el muchacho era que venía atrás en la moto, como que le dio la pasada y cuando se cerró lo llevó enganchado al pibe de la moto.»

Juan José Sepúlveda declaró que «Es un boulevard, venían los dos por el mismo carril, la moto atrás, en eso la camioneta se abre para izquierda y dobla como para meterse a una casa y se lleva puesto porque el muchacho este en la moto **sigue por el mismo lado que iba,** al doblar se lo llevo puesto...”

Entonces, se encuentra plenamente acreditada la maniobra antirreglamentaria del demandado, siendo desde esta premisa que debe analizarse la participación del actor, a fines de determinar si ha existido una concurrencia causal, tal cual lo decidido en la sentencia.

La magistrada sostuvo que «la detención o disminución de la velocidad en la marcha de los rodados que circulan en igual sentido es una contingencia propia del tránsito y quien tiene el control del vehículo debe estar en condiciones de preverla para evitar la colisión, manteniendo la distancia necesaria y la debida atención a las cambiantes circunstancias del tránsito, como para detener su rodado en forma oportuna.

Además, el propio actor reconoce que circulaba por detrás del vehículo del demandado -no a la par-, y desde que la colisión se produce sobre el margen derecha delantera de este último, me permite presumir -al menos- que en la oportunidad de la maniobra el actor en su motocicleta se había adelantado por la derecha del vehículo.

Teniendo en cuenta entonces que no se demostraron lo extremos que requiere el artículo 42 de la Ley de tránsito para el caso de adelantamiento, ni las velocidades impresas a los rodados involucrados como tampoco las distancias entre ellos, me lleva a la conclusión que el actor tampoco conducía con la debida atención, prudencia y dominio que las circunstancias del tránsito exigían, a los fines de evitar sucesos como el que nos ocupa» (hoja 296 vta.).

Conforme los desarrollos hasta aquí formulados, debo discrepar de tal ponderación.

En primer lugar, reitero, que la culpa de la víctima debe ser apreciada con un standard riguroso.

Asimismo, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva, el actor no tenía la carga demostrar que conducía a velocidad reglamentaria. Por el contrario, y como también ya lo señalé, era carga del demandado probar el exceso de velocidad y no lo hizo.

Luego, si bien es cierto que el Sr. Pereira circulaba detrás del demandado, de la prueba producida resulta claro que este último, antes de emprender el giro para ingresar a su domicilio, se desvió a la izquierda, mientras que el actor continuó por su mismo carril.

Esto resulta de las declaraciones testimoniales ya transcriptas, siendo destacable que el testigo Bezina, quien circulaba en un auto, interpretó que el demandado les "daba el paso", por lo que el sector que quedó libre a la derecha del vehículo del demandado era amplio, y la decisión del actor de

continuar la marcha no se relaciona con la agilidad que las dimensiones de su vehículo le proporcionaban.

En este punto resulta relevante lo informado por el perito accidentólogo, quien consultado por la cantidad de carriles existentes, señaló que la calle Rodhe cuenta con *«Dos manos de circulación reglamentaría. Con separación en eje de calzada. Sin delimitación de carriles, por pintado o similar, no obstante pueden circular reglamentariamente en paralelo dos vehículos por mano»* (hoja 128).

En este marco, no puede presumirse, como lo hace la magistrada, que el actor no prestó la debida atención, en tanto no se encuentra acreditado que circulara con exceso de velocidad y se limitó a continuar por el carril en el que estaba.

Al respecto, el art. 45 de la ley nacional de tránsito, establece que en las vías multicarril *«b) Se debe circular permaneciendo en un mismo carril y por el centro de éste.»*.

Luego, no resulta de las constancias de autos que el demandado haya frenado o disminuido su velocidad, sino que desvió el vehículo hacia la izquierda para luego girar repentinamente y sin aviso a la derecha.

El impacto, sobre el margen derecho del vehículo, es consecuencia de la propia maniobra del demandado, sin que pueda presumirse que el actor intentó adelantarlo por derecha.

El mismo perito accidentológico dice que el relato de los hechos de hoja 62 vta. es el más probable del que habría sido el evento real (punto 9 - hoja 128).

En hoja 62, el actor sostuvo que *«El demandado, al realizar la maniobra de ingreso a su domicilio, se ubica de forma transversal sobre la calle Rodhe, interponiéndose en el paso del actor que a pesar de realizar una maniobra de esquivar no puede evitar impactar»*.

Como vengo señalando, esto es concordante con las testimoniales.

Debe remarcarse que, la maniobra del Sr. Cuenca, tuvo por fin ingresar a su domicilio, y no girar a la derecha en una esquina, donde podría resultar más previsible aún a pesar de la omisión de efectuar las señales correspondientes.

En definitiva, al decidir como se hizo, se elabora una presunción de culpa del damnificado, que no se condice con lo prueba rendida, ni con el standard riguroso con que debe interpretarse el "hecho del damnificado".

Como consecuencia de lo expuesto, debe rechazarse el agravio de la parte demandada, y hacerse lugar al deducido por la actora, poniendo en cabeza del accionado la responsabilidad exclusiva por el accidente.

La suma a indemnizar por el daño físico ascenderá a \$ **4.380.000**, los gastos futuros a \$ **50.500**, y los daños materiales a \$ **35.820**.

3.- Con respecto a la valoración del daño extrapatrimonial (daño moral), cuya indemnización es cuestionada por el actor, se ha expresado que el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: *"Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)"*. (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUEN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO-OSTI DE ESQUIVEL).

Aplicando estas consideraciones al caso de autos, entiendo que le asiste razón al apelante.

En primer lugar, no se pueden dejar de considerar las características traumáticas del accidente.

El Sr. Pereira resultó expulsado de la motocicleta, para culminar tendido sobre el piso, con una fractura expuesta plenamente visible y sufriendo mucho dolor.

Al respecto, el testigo Juan José Sepúlveda, destacó que *«Se llenó de gente, el muchacho gritaba porque se le quebró la izquierda, se le quebró la gamba así que era un griterío, lleno de gente»*.

Por su parte, Juan Abel Bezina, señaló que tenía la pierna izquierda destrozada, *«no me gustaba mucho como se le veía la pierna, medio que me dio mucha impresión, así que agarré y me fui para el auto»*.

Luego fue trasladado en ambulancia, y permaneció internado por 12 días, resultando del informe de la Clínica Pasteur (hojas 151 a 171), los tratamientos a los que fue sometido, y el dolor padecido durante ese lapso.

Tampoco resulta controvertido que fue intervenido quirúrgicamente, con los riesgos y stress que ello genera, a lo que siguió un prolongado tratamiento posterior.

Del informe de Cemelar (hojas 197 a 201), resulta que, entre el 02/11/2017 y el 13/12/2018, concurrió aproximadamente a 61 controles, dejándose constancia de una infección persistente en su pierna, producto de la que debió ingerir abundante medicación, que le generó intolerancia gastrointestinal (hoja 200 -04/04/2018).

Ese mismo informe da cuenta de sesiones constantes de kinesiología y el prolongado uso de muletas, debiendo destacarse que a la fecha de su confección el actor no contaba con el alta.

En la ponderación que vengo realizando, tampoco puede soslayarse la hipotrofia muscular, y las múltiples cicatrices por fricción, hipercrómica con retracciones, de las que da

cuenta la pericia médica (hoja 211), que tienen incidencia desde un punto de vista estético.

En el mismo sentido, la incapacidad física resultante, indudablemente afectará su desarrollo posterior.

Aun cuando a la fecha el actor cuente con un trabajo, la circunstancia de que difícilmente pueda aprobar un examen preocupacional (punto 6 - hoja 212,) es motivo de indudable preocupación.

Finalmente, el hecho de que presente dificultad para realizar todas las actividades en que intervenga la pierna lesionada, como caminar, correr, saltar (punto 5 - hoja 212), resulta indudable motivo de aflicción, máxime cuando el testimonio de Natalia Vanesa Olave, da cuenta de que practicaba deportes regularmente.

Es en mérito a estas circunstancias, que entiendo que corresponde hacer lugar al recurso deducido, elevando el monto de condena por este rubro a la suma de **\$ 500.000** (art. 165 del C.P.C. y C.), con más los intereses respectivos.

4.- Como último punto, resta abordar el tercer agravio de la parte demandada, relativo a las sumas que el actor tendría a percibir de su ART como consecuencia del mismo siniestro aquí analizado.

Al respecto, vale recordar que: *«...de acuerdo a la ley vigente al momento de la ocurrencia del hecho de autos, a la víctima de un accidente de trabajo (en el caso, "in itinere"), imputable a un tercero, le asisten distintas acciones, como la que le compete contra su empleador dentro de los límites tasados de la responsabilidad contractual de éste (ley 24.557), y la ejercida en este fuero, sustentada en los arts. 1066 y siguientes del Código Civil. El ejercicio de una no es excluyente de la otra, en la medida -claro está- en que no exista superposición de indemnizaciones que constituyan una fuente de lucro para la víctima. Es decir, en juicio civil, de*

causa extracontractual, solo pueden reclamarse los renglones no cubiertos por la ley especial (vgr., "daño moral"), y, en los previstos por ésta, en la medida en que la indemnización tarifada no alcance a la reparación integral del daño (conf. Kemelmajer de Carlucci, "Código Civil Anotado", Astrea, vol. 5, pág. 226, causas 82.299 del 17-5-2001, 97.230 del 18-4-06 y 100.907 del 18-7-06 de Sala II; causa 109.724 del 14-9-10 de Sala III)" (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala/Juzgado: Tercera Fecha: 13-feb-2013 Partes: T. M. c/ R. G. s/ daños y perjuicios Cita: MJ-JU-M-77444-AR | MJJ77444 | MJJ77444).

Desde allí que es claro que de la indemnización que en este juicio se fijara, correspondería deducir el valor de las prestaciones percibidas o que fuera a percibir de la aseguradora de riesgos del trabajo.

Es que "... La procedencia del descuento de las indemnizaciones percibidas de la ART que dispuso el magistrado, extremo del que se agravia el actor, resulta incuestionable. Las quejas soslayan que el descuento debe hacerse por expresa disposición legal. Así, según lo establecido en el art. 39 de la ley 24.557, aunque todo damnificado está legitimado para reclamar las indemnizaciones que correspondiesen contra el tercero responsable de los daños de acuerdo a las normas del Código Civil, de la indemnización que se obtenga "se deducirá el valor de la prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado", lo que sella sin más su suerte." (CN Civil, sala I, Di Candia, Juan Carlos c. Rosso Ballester, Horacio Antonio Ramón y otros s/daños y perjuicios, 02/08/2011 La Ley Online AR/JUR/65109/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M Saldívar, Federico Reynaldo c. Metrovías S.A., 08/09/2010 La Ley Online AR/JUR/61667/2010; CNCiv, Sala H, LA LEY, 2005C, 452; C. Apel. Civ. Com. San Isidro, Sala I,

González, Marcelo c/ Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios).

Por ello es que frente a otro reclamo en sede civil como es el caso de autos, la deducción de cualquier monto resarcitorio obtenido por determinado concepto es incuestionable, porque de otro modo se produciría una doble indemnización para enjugar un único daño y un enriquecimiento sin causa consecuente, lo que no es admisible. Por otra parte la acumulación de ambas indemnizaciones, la de derecho común y la especial, por la misma causa que es el hecho del accidente, queda excluida por la necesidad de atender a la reparación de un daño neto, purificado por la "compensatio lucri cum damno" (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", LA LEY, 1979- C, 852). Es que "...si la víctima reclama el correspondiente resarcimiento contra el responsable del hecho lesivo, estaremos en presencia de obligaciones concurrentes que pesan sobre la aseguradora de riesgos de trabajo en favor del tercero empleado y sobre el responsable del cuasidelito. La regla es que la satisfacción del crédito por alguno de los responsables determina que la víctima quede desinteresada en la medida de esa cancelación, conservando su acción en todo lo demás, que queda como saldo dañoso pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa y es por ello que corresponde deducir de la indemnización a los reclamantes por los beneficios recibidos en ese concepto, para evitar la superposición indemnizatoria incompatible con los principios que informan la reparación de daños" (Alejandra D. Abrevaya "El daño y su cuantificación" Abeledo Perrot p. 289/290; ver mi voto en Expte. N°: 50012 LOVERA LUIS OSCAR C/ FERRUA MARTA ISABEL Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ. POR USO AUTOMOT.(C/ LES. O MUERTE) N° Orden: 109 Libro de Sentencia N°: 52; 28/6/2011).»

(Cfr. "RAMOS JOSE EMILIO C/ JARA JOSE FELIPE Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", JNQCI6 EXP N° 449646/2011).

Con respecto al modo en que debería procederse a su deducción, debo recordar que, como reiteradamente esta Alzada ha sostenido, la incapacidad laborativa es una sola y, por lo tanto, las sumas destinadas a repararla que sean reconocidas en el marco de la ley de Riesgos de Trabajo, deben ser consideradas como pago a cuenta según el art. 260 de la LCT.

Así se ha sostenido que: *"En relación con la queja del actor por la forma de cálculo de la incapacidad, esta Alzada reiteradamente ha considerado que la incapacidad laborativa que se repara es una sola, provocada por un accidente de trabajo, cuyo acaecimiento y mecánica no se encuentran discutidos en esta instancia (cfr. Sala III en autos "PINOCHET ROBERTO CONTRA PRODUCTORES FRUTAS ARG. COOP. SEG. ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. N° 357197/2007; "BUCAREY ENRIQUE OMAR CONTRA LA CAJA ART S.A. S/ACCIDENTE LEY", Expte. N° 306485/2004; Sala I en "SANCHEZ MARIANO DIEGO ARMANDO C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. N° 420125/2010; Sala II en "RODRIGUEZ ANGEL ROLANDO C/ GALENO ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557", Expte. N° 452406/2011, entre otros) y en ese sentido se ha expresado que: "[...] la deducción no se hace sobre el porcentaje dictaminado como sugiere la aseguradora sino sobre lo efectivamente abonado según prescripción del art. 260 de la LCT, tomándose como pago a cuenta de lo en definitiva adeudado"* ("ACUÑA TUMA CESAR ALEJANDRO C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/RECURSO ART. 46.1 LEY 24557", Exp. N° 424909/2010, "PAREDES MARIANA SUYAI C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557", EXP N° 431690/2010) por lo que, teniendo en cuenta los términos de la demanda, no corresponde restarlas sino considerar el total del 20% y restar del monto de la indemnización, las sumas abonadas

anteriormente", aplicándose intereses desde la fecha del accidente conforme la doctrina judicial del TSJ" ("FERNANDEZ CRISTIAN SAUL C/MAPFRE ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. N° 454898/11, entre otros).

Las consideraciones hasta aquí formuladas, que resultan plenamente trasladables al caso, imponen que por el juego armónico de las normativas aplicables en los dos ámbitos de protección y, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, al importe de condena por el rubro incapacidad física se le descuenten las sumas eventualmente percibidas por el régimen especial de riesgos de trabajo por dicho concepto.

Dado que no se encuentra acreditado que haya existido pago alguno, esta circunstancia deberá ser acreditada por los aquí condenados en la etapa de ejecución de sentencia, sin que esta actividad suspenda el plazo para su cumplimiento.

De no haberse librado fondos en el marco de la acción sistémica en trámite ante el fuero laboral, deberá pagarse íntegramente el rubro incapacidad física en estos actuados, comunicándolo inmediatamente en aquellas actuaciones.

5.- En resumidas cuentas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso deducido por la parte actora, fijando en cabeza del demandado la responsabilidad exclusiva por el siniestro. Como consecuencia de ello, la suma a indemnizar por el daño físico ascenderá a **\$ 4.380.000**, los gastos futuros a **\$ 50.500**, y los daños materiales a **\$ 35.820**.

Con respecto al daño moral, se eleva a **\$ 500.000**.

El total condenado ascenderá a **\$ 4.966.320**, con más sus respectivos intereses.

Respecto del recurso deducido por la parte demandada, se hace lugar parcialmente, con respecto a las sumas que la actora perciba de su aseguradora de riesgos de trabajo antes de recibir las aquí condenadas, en los términos dispuestos en el punto 4 de la presente.

Las costas de ambas instancias se impondrán a la parte demandada vencida (art. 68 CPCyC).

Con respecto a los honorarios regulados en la instancia de grado, por haberse fijado porcentualmente y responder al desarrollo del proceso, entiendo innecesaria su adecuación en los términos del art. 279 del CPCyC, por lo que son confirmados.

TAL MI VOTO.

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Disiento con mi colega preopinante en punto a la atribución de responsabilidad. Es que, la queja del demandado en punto a la atribución de responsabilidad en un 50% no puede prosperar. Ello así, porque si bien dice que su conducta no merece ningún tipo de reproche, no analiza en su recurso lo expresado por la *A-quo* en cuanto a que no demostró haber cumplido con todas las señales debidas ni se cercioró en forma suficiente la seguridad de la maniobra de giro que se encontraba por realizar. Además, tampoco consideró en sus fundamentos que la Sentenciante sostuvo que el giro realizado fue a los fines de ingresar a la vivienda lo que implicaba detener su marcha por completo. Por otra parte, cabe señalar que las consideraciones que efectúa en cuanto a la pericia accidentológica resultan insuficientes a los fines de arribar a una conclusión distinta en cuanto a la atribución e responsabilidad.

Además, el Sr. Cuenca alude a la conducta del motociclista, imputándole exceso de velocidad, pero el mismo no quedó acreditado en autos. Al respecto, el perito sostuvo que *"No encuentra elementos que lo orienten en una velocidad superior a los 40 km/h aclarando que este parámetro es incalculable"*, (fs. 173). Ello, a su vez resulta coincidente con lo expuesto por el perito accidentológico que dictaminó en el legajo penal, quien señala *"Que los indicios relevados en*

el lugar del hecho no son suficientes para realizar cálculos físicos-matemáticos que permitan determinar de manera objetiva y certera la velocidad que animaba cada una de las unidades protagonistas en los instantes previos a la colisión vehicular”, (fs. 14 del Legajo MPFNQ 105605/2018, División Tránsito Neuquén s/ Inv. Lesiones Culposas).

Tampoco quedó acreditado en autos el adelantamiento de la moto que alega el Sr. Cuenca, quien no sustenta sus dichos en las pruebas producidas en autos.

En consecuencia, el recurso del demandado no resulta procedente.

Por otra parte, en cuanto al recurso del actor cabe señalar que el mismo al demandar sostuvo que *“Cuando transitaba a la altura del 820, unos metros delante de él lo hacía el demandado, que circulaba al comando del utilitario marca Renault Kangoo dominio”, (fs. 62vta.).* Ello, se encuentra corroborado por la pericial accidentológica producida en las actuaciones penales, Legajo MPFNQ LEG 105605/2018 carátula *“División Tránsito Neuquén, S/ Inv. Lesiones Culposas”* que expresa: *“Sentido de Circulación: Según se desprende de la información suministrada a esta instancia momentos previos al contacto vehicular, ambos vehículos protagonistas circulaban sobre calle Rodhe con sentido Norte-Sur, el Utilitario Renault Kangoo Dominio ... guiado por el Sr. Víctor Cuenca precediendo la marcha la motocicleta Honda 250 CC. Dominio ... que era conducida por el Sr. Héctor Pereyra”, (fs. 13vta.).*

Además, conforme fue plasmado en la resolución de fs. 18 de tal legajo, el conductor de la motocicleta seguía en la marcha al conductor del rodado mayor.

También el testigo Brezina Juan Abel dijo: *“Venía bajando por Rodhe y adelante mío iba una utilitaria, íbamos*

todos bajando en filita. Un utilitario, una moto y atrás yo”, (fs. 238).

Por otra parte, cabe señalar que la mecánica del hecho descripta resulta coincidente con los daños que el perito mecánico informó a fs. 129, al sostener que *“los daños de la moto del actor tienen focalización frontal”,* y la fotografía adjuntada al legajo penal (fs. 12).

En definitiva, el conductor de la motocicleta *“sea por no guardar la distancia adecuada, o por no poseer el pleno dominio de su conducido –art. 39 inciso b), 48 inc. g), ley de tránsito, no pudo evitar el obstáculo que se le presentó”, (CNCiv. y Com. de Pergamino, 26/10/2012, en autos “Sayal, Marcela Silvina c. Cascardo, Pedro Rubén y otros s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte”. La Ley Online, Sumario, AR/JUR/64947/2012)”,* y en consecuencia resulta parcialmente responsable en la producción del hecho (cfr. esta Sala en autos *“VALENZUELA REGINA C/ CORSINO RAÚL ARMANDO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, Expte. N° 386423/2009* y *“ORTEGA NOEMI DEL CARMEN C/ MOSQUEIRA RUBÉN DARÍO Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)” Expte. N° 524069/2018).*

Entonces, el agravio del actor en punto a la atribución de responsabilidad no resulta procedente.

A partir de lo expuesto, corresponde rechazar los agravios del actor de fs. 314/324 y de la demandada de fs. 325/330vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 293/301vta. al respecto.

En cuanto a las restantes cuestiones, adhiero al voto de la Dra. Cecilia Pamphile. **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI,** quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso deducido por la parte actora, y en consecuencia, modificar la sentencia de grado, fijando en cabeza del demandado la responsabilidad exclusiva por el siniestro y elevando el monto de condena a la suma de **\$ 4.966.320**, con más sus respectivos intereses.

2.- Hacer lugar parcialmente al recuso deducido por la parte demandada, con respecto a las sumas que la actora perciba de su aseguradora de riesgos de trabajo antes de recibir las aquí condenadas, en los términos dispuestos en el considerando respectivo.

3.- Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (arts. 68 y 279 CPCyC).

4.- Confirmar la regulación de honorarios establecida en la instancia de grado, y regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI Dr. Fernando GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA