



NEUQUEN, 26 de septiembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ARIAS MAURICIO LEONARDO C/ ORTUBIA SERGIO OMAR Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE BENEFICIO 402004/9"**, (JNQCII EXP N° 401998/2009), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 467/479 vta., que rechaza la demanda en el expediente n° 401.998/2009, con costas al vencido; y también rechaza la demanda en los expedientes acumulados nros. 420.037/2010 y 454.326/2011, con costas al vencido con excepción de las originadas por la intervención del tercero citado, las que se imponen en el orden causado.

La parte demandada y la citada en garantía apelan todos los honorarios profesionales, por altos.

El letrado de la parte demandada y de la citada en garantía apela los honorarios que se le regularan en el expediente n° 401.998/2009, por bajos.

a) La parte actora se agravia señalando que la sentencia de grado se aparta de los hechos invocados y de las pruebas producidas en la causa.

Dice que se encuentra acreditado que el día 11 de febrero de 2009, siendo aproximadamente las 6,00 horas, el actor sufrió un accidente de tránsito en calle Chos Malal, a escasos metros del acceso a la base REPSOL YPF, en la localidad de Rincón de los Sauces, cuando fue atropellado por un vehículo marca Chevrolet, modelo Astra, dominio CPY-327,



conducido por su dueño señor Sergio Omar Ortubia, quién circulaba a alta velocidad por calle Chos Malal en dirección sur-norte, y habiendo cruzado un badén de cemento de 1,30 metros de profundidad, continuó su marcha embistiendo primero una barrera de fuego compuesta de troncos de árboles y gomas de cubiertas que atravesaba la calzada para cortar el tránsito, puesta allí con motivo de una protesta social, y luego a dos individuos ubicados detrás de los materiales.

Sigue diciendo que a partir del reconocimiento de estos hechos, la sentenciante de primera instancia aplica e interpreta erróneamente los arts. 1.101, 1.102 y 1.103 del Código Civil, referidos a los efectos de la sentencia dictada en sede penal.

Sostiene que el sobreseimiento total y definitivo en sede penal respecto del demandado Ortubia, no lo exime de la responsabilidad en sede civil por los daños y perjuicios ocasionados. Agrega que cualquiera haya sido la opinión del juez penal sobre la conducta de la víctima, ello no obliga al juez civil.

Cita el plenario "Amoruso c/ Casella" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Señala que el demandado Ortubia no fue sobreseído en sede penal por la inexistencia del hecho, sino que el hecho no ha merecido controversia.

Considera que se equivoca la a quo cuando pretende que la víctima del accidente de tránsito debió probar su inocencia y la culpabilidad del demandado, basada en circunstancias distintas a las que fueron objeto de juzgamiento en sede penal.

Reitera que el sobreseimiento definitivo no hace cosa juzgada en sede civil respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a la responsabilidad por los daños y



perjuicios. Por ende, a criterio del recurrente, las consideraciones que hace el magistrado penal para fundar el sobreseimiento del conductor del rodado y las referidas a la culpa de la víctima en la ocurrencia del siniestro no obligaban a la jueza de primera instancia.

Sostiene que, contrariamente a lo señalado en el fallo de grado, existen pruebas en autos cuya valoración se ha omitido. Precisa que tanto de la causa penal como de la presente surge que el demandado conducía a velocidad excesiva, superior a los límites de seguridad, lo que le impidió el control y dominio de la unidad que manejaba.

Enumera y detalla las pruebas de las cuales surgiría, en opinión de la apelante, la responsabilidad del demandado.

Afirma que con las declaraciones testimoniales ha quedado acreditado que el demandado Ortubia había consumido varios vasos de cerveza y la velocidad excesiva a la que conducía.

Cita las disposiciones de la Ley Nacional de Tránsito.

Manifiesta que a pesar de reconocer, el fallo recurrido, la oscuridad del lugar y la falta de señalización adecuada del corte, y que el testigo Vélez declaró que advirtió al demandado, con señales, respecto de la existencia del piquete, ignora las pruebas que acreditan el exceso de velocidad.

Realiza consideraciones sobre la pericia en accidentología.

Se queja también por la falta de aplicación del art. 1.113, 2do. párrafo; del art. 1.109, ambos del Código



Civil, de la Ley Nacional de Tránsito y de su decreto reglamentario n° 779/1995.

Recuerda, con cita de jurisprudencia, que la Corte Federal tiene dicho que los daños causados por automotores en movimiento se rigen por las previsiones del art. 1.113 del Código Civil.

Vuelve a citar prueba producida en la causa.

Formula queja por entender que la sentencia de grado debió considerar, subsidiariamente, la existencia de culpa concurrente.

Solicita que, si se revoca el fallo de grado, este Tribunal se pronuncie sobre la indemnización de los daños y perjuicios debida al actor.

Desarrolla los rubros cuya indemnización pretende.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada y la citada en garantía contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 515/525.

Afirman que el memorial del recurrente no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, siendo un mero disenso con lo resuelto por la jueza de grado.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Sostiene que las circunstancias que llevaron a la Fiscalía a disponer el archivo definitivo de las actuaciones constituyen "las circunstancias que rodearon al hecho principal", encontrándose vedada su revisión en el presente proceso.

Dice que el peatón no se encontraba en un lugar que lo mantuviera alejado del riesgo y peligro inherentes a la



circulación vehicular, hecho éste que se encuentra totalmente determinado en el ámbito penal y forma parte del hecho principal que se debate.

Sigue diciendo que la supuesta ingesta de alcohol por parte del demandado no se encuentra acreditada, destacando que al accionado se le realizó una prueba de alcoholemia que dio resultado negativo.

Califica como irreflexiva e imprudente a la conducta de la víctima, quién se colocó en situación de riesgo al acostarse en medio de la cinta asfáltica, obstaculizando de tal forma -con ramas encendidas y con su propio cuerpo- la circulación vehicular, en violación del art. 39 de la Ley Nacional de Tránsito.

Entiende demostrado el hecho de la víctima que exonera de responsabilidad al demandado.

Cita abundante jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que la crítica de la apelante reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso, aunque entiendo que la expresión de agravios, y de allí la postura de la parte demandada y de la citada en garantía, parte de una lectura errónea del fallo de grado.

En efecto, la sentencia de primera instancia no es consecuencia de la decisión adoptada en sede penal. Antes bien, la resolución del magistrado del fuero penal no ha sido tomada en cuenta por la a quo, excepto para la mecánica del hecho, la que, por otra parte, no ha sido desacreditada por ninguna prueba aportada a esta causa e, incluso, es aceptada por el apelante en su memorial.



Textualmente dice la a quo: "*...si bien...la sentencia penal absolutoria -o, como en el caso, el sobreseimiento- no imposibilita evaluar la responsabilidad de los intervinientes desde la óptica civil, esta responsabilidad debe ser analizada partiendo del esquema fáctico -mecánica del hecho- que la justicia penal admitió como sustento lógico-jurídico del pronunciamiento allí emitido*" (Considerando II.-, fs. 472).

Luego, y por aplicación del art. 1.113 del Código Civil, concluye en que ha existido culpa de la víctima con entidad suficiente para romper el nexo causal entre el riesgo de la cosa y el daño. Con lo que tampoco asiste razón al apelante respecto a que la jueza de grado no habría aplicado esta norma.

III.- Ahora bien, teniendo en cuenta que la recurrente ha consentido la mecánica del hecho expuesta en el fallo cuestionado, el análisis del recurso debe partir, también, de estos hechos: el día 11 de febrero de 2009, siendo aproximadamente las 6,00 horas, sobre la calle Chos Malal de la localidad de Rincón de los Sauces, se produce un accidente de tránsito en oportunidad en que el automóvil Chevrolet, modelo Astra, dominio CPY 327, conducido por el demandado Sergio Ortubia, circulaba en sentido norte-sur, y al arribar a un canal aluvional allí existente inició su cruce y al finalizarlo se encontró con un obstáculo sobre el carril de circulación, constituido por ramas, fuego y cubiertas, puesto allí con motivo de una protesta social, embistiendo el piquete y arrollando a dos individuos, uno de ellos el actor, los que se encontraban ubicados detrás de la barrera obstaculizadora de la circulación.

Sobre estos hechos no existe controversia en esta instancia.



Con carácter previo a avanzar en el análisis, entiendo conveniente poner de resalto que es necesario aquí dejar de lado prejuicios o preconceptos referidos a la legitimidad de la modalidad de protesta social denominada piquete.

Al igual que la mayor parte de los habitantes de esta provincia, con demasiada frecuencia me he visto afectada y perjudicada por este tipo de protesta, pero no es la legitimidad y legalidad de estas conductas lo que se discute en autos.

Claro está que ello no importa que no se tenga en cuenta que el piquete de autos constituye un obstáculo anormal a la circulación vehicular, que no debió estar; y que era responsabilidad de los organismos públicos con facultades sobre la vía de circulación (municipio o policía) actuar de inmediato, advirtiendo el riesgo a los usuarios y coordinando su accionar a efectos de dar solución de continuidad al tránsito (art. 23, Ley 24.449), los que no procedieron conforme su obligación legal.

Pero más allá de estos extremos, lo que voy a analizar es la responsabilidad de los protagonistas del accidente, a la luz de las normas del derecho civil, utilizando a tal fin el Código Civil de Vélez Sarsfield, por ser la norma vigente en oportunidad del acaecimiento del siniestro.

A poco que se avance sobre los dichos de los testigos de autos, encuentro que existen elementos que quizá no han sido advertidos por la sentenciante de grado, y que no hacen aparecer tan nítida la culpa de la víctima, aunque sin desdibujarla totalmente.

Me interesa destacar de las declaraciones testimoniales lo siguiente.



El testigo Raúl Oscar Suárez es Oficial Subinspector de la Policía de la Provincia y dice que aproximadamente entre las 6,00 y 6,30 horas toma conocimiento de un accidente de tránsito ocurrido sobre la calle que conduce al campamento de YPF y se dirige al lugar, que cuando llegaron no estaba el conductor del vehículo, que no había luz solar por lo que tuvieron que esperar a que aclarara para tomar las medidas, *"que las cubiertas estaban encendidas sobre la cinta asfáltica...Que en proximidades del lugar no había ninguna señalización de que la calle estuviera cortada. Que no recuerda bien pero la distancia existente entre la salida del badén y el lugar donde estaban las víctimas, era de treinta metros aproximadamente. Que la distancia de la salida del badén y el lugar donde estaban quemándose las cubiertas era menor de la que donde estaban las víctimas. Que la profundidad que existe entre la entrada y salida del badén es pronunciada. Que cuando el vehículo baja hacia el badén pierde la visión hacia el frente y cuando sube para salir del badén, también la visión no es buena, dado que el vehículo es como que se levanta de la parte anterior. Que el piquete estaba a escasos metros de la salida del badén"* (acta de fs. 323/vta. de la causa penal que corre agregada por cuerda).

El testigo Víctor Edmundo Vélez estaba con el actor detrás del piquete. Dice: *"...ese día estaban apoyando el corte de YPF en el ingreso, fue el 11 de febrero a las 6 de la mañana...Que entre las 6, 5.55, 6.05 estaban sentados haciendo guardia, en el fuego, con ramas grandes, contundentes que obstruían el paso hasta de un camión. Cuando de repente sintieron un auto que venía fuerte y frenó sobre el zanjón, cruzando el zanjón frena arriba alumbrando el corte. Que al pie de donde termina el zanjón, ellos estaban a unos treinta o cuarenta metros aproximadamente. Se levanta Alvarez Sergio, quién estaba sentado en el medio y le hace seña al auto que*



estaba parado arriba para que no avance...que el auto estuvo detenido una fracción de minutos y luego avanzó. Que cuando el auto comienza a avanzar, Alvarez les avisa para que salgan, pero no tuvieron tiempo" (acta de fs. 324/325 de la causa penal).

El testigo Edgardo Ceferino Cepeda afirma que trabaja como patrullero para YPF, encontrándose a unos ciento cincuenta metros del lugar del accidente. Declara que *"el vehículo que pasó por el fuego fue el Renault 11, que desparramó el fuego y le quedó fuego en el capot...Preguntado si estaba muy oscuro, contestó que si, que de YPF hacia adentro si tienen iluminación, pero que en la calle no hay alumbrado público...Preguntado para que diga si había alguna señalización de que había un piquete, contestó que no" (acta de fs. 327/vta. de la causa penal).*

El testigo Carlos Augusto Grek, viajaba en el auto con el demandado. Dice: *"...al salir del badén cuando bajaron se chocaron contra madera, no pude precisar si eran árboles o ramas, que se habían prendido fuego y sólo quedaban brasas...Que como comenzó a llegar gente se subieron al auto y se fueron. Que llegaron a la casa que alquila Petreben, frente a la Petrobras, con una manguera apagaron unas brasas que había en el parabrisas...Preguntado para que diga si no vieron que les hicieron seña para que no pasara, contestó que no, que no vió a nadie parado en la ruta, que el muchacho les dijo que estaban durmiendo...Preguntado para que diga si había alguna señal de que había un piquete, contestó que no, que no habían policías ni conos indicando el piquete, tampoco iluminación" (acta de fs. 328/vta. de la causa penal).*

El testigo Juan José Peña conducía el automóvil que circulaba detrás del vehículo del demandado, y declara que no había señalización que advirtiera sobre la existencia del piquete y que en esa zona no hay iluminación, como así también



que no observó personas que le avisaran que no podía pasar por allí, *"Que cuando Ortubia ingresó al zanjón y luego salió vió que chocó con una rama gigante. Que no alcanzó a ver si las ramas estaban encendidas, que después vió que habían brasas en el piso"* (acta de fs. 329/vta. de la causa penal).

El testigo Néstor Fabián Yañez viajaba también en el vehículo conducido por el demandado, y afirma que no había ninguna señal que advirtiera sobre la presencia del piquete, que no hay iluminación en la zona y que no vió personas paradas haciendo señas; que no observó fuego, ni cubiertas encendidas o ramas: *"...que ingresaron al badén muy despacio porque sino el auto se descuadra. Que sintieron el golpe del auto contra las ramas, que parecía que hubieran chocado un árbol, pensaron que ahí había habido un piquete y que dejaron las brasas sin apagar, que nadie gritó nada. Que pasaron por arriba despacito para ver que había chocado y vieron que habían tres chicos...Es como que cuando chocaron la rama se fue encima de ellos; que estaban acostados detrás de las ramas"* (acta de fs. 330/vta. de la causa penal). Al declarar en sede civil (acta de fs. 229/vta. de autos), el mismo testigo ratifica sus dichos vertidos en el expediente penal y agrega que apenas salidos del badén, a unos cinco o diez metros, sintieron el golpe de las ramas y que el demandado estaba en condiciones de lucidez como para manejar.

El informe pericial en accidentología obra a fs. 357/364. En él se describe la mecánica del accidente: *"...al llegar a la altura donde se encuentra el canal aluvional, luego de trasponerlo, se encuentra de frente con elementos obstruyendo el paso vehicular (ramas, fuego, cubiertas, etc.), conocido comúnmente como piquete. A pesar de esa situación y por razones que escapan a la objetividad de este informe, continúa su marcha, sin advertir que sobre la calzada se encontraban dos personas recostadas...a quienes terminó*



arrollando". Este aspecto del informe pericial no fue impugnado por la demandada.

Considerando la prueba señalada hasta aquí y las fotografías obrantes a fs. 340/342 de la causa penal entiendo que es imposible que el conductor del vehículo, si es que estaba en condiciones físicas aptas para conducir -conforme lo afirman los testigos-, no pudiera advertir la presencia del obstáculo en la vía de circulación.

Surge de las declaraciones testimoniales que a la hora del día en que sucedió el accidente todavía estaba oscuro y que en la calle Chos Malal, en esa zona, no existe alumbrado público, no hay ningún tipo de iluminación artificial. Luego, si el piquete contaba con fuego, con ramas o cubiertas encendidas, aunque en ese momento fueran solamente brasas (tal como describen el fuego los acompañantes del demandado) obligadamente el conductor del vehículo tuvo que advertir que al otro lado del canal aluvional algo pasaba, había algún obstáculo (total o parcial) para la normal circulación. Y esto incluso antes de emprender el cruce del canal o badén.

Asimismo, teniendo en cuenta la distancia existente entre la salida del canal y la ubicación de la barrera de ramas y cubiertas (ver croquis de fs. 339 de la causa penal), tuvo el demandado tiempo para advertir nuevamente la presencia del obstáculo encendido. Hago hincapié en la existencia de fuego, que no era menor desde el momento que el testigo Grek dice que al volver a la casa tuvieron que apagar con una manguera las brasas que habían quedado sobre el capot, lo que coincide con lo afirmado por el testigo Cepeda (más allá de su error sobre la marca y modelo del automóvil), toda vez que dada la oscuridad existente en el lugar, insisto, no pudo no ser visto por el demandado.



También llama la atención la distancia hasta la cual siguió circulando el demandado, no obstante haber atropellado las ramas y a dos personas, antes de pegar la vuelta y volver al lugar del hecho (ver croquis de fs. 339 de la causa penal).

Incluso, colocándonos en la situación más favorable a la posición del demandado, que no vió el obstáculo con anterioridad y que se topó con él a la salida del badén, tampoco tiene explicación que no haya frenado inmediatamente, sino que, por el contrario, avanzó por sobre la barrera, atropellando al actor y deteniendo su marcha varios metros después.

Llegado a este punto, encuentro que indudablemente ha existido culpa de la víctima. Formó parte de un piquete que impidió indebidamente la circulación vehicular por la calle Chos Malal, no adoptó mínimas medidas de seguridad a efectos de advertir sobre la existencia del corte (sin perjuicio de la ausencia estatal), y además se había recostado o sentado tras la barrera, cuando existían otros lugares menos peligrosos para controlar el piquete, por ejemplo al costado de la calzada. No dudo en concluir que el actor se colocó en una situación de riesgo, que podría haber evitado.

Pero ello no impide considerar que la conducta del demandado también tuvo incidencia en el acaecimiento del hecho dañoso. No obstante haber advertido la existencia de un obstáculo en la vía de circulación, siguió adelante sin tomar precauciones, ni tener un adecuado control sobre el automóvil.

Tal como sucedieron los hechos, conforme las constancias de la causa, o el demandado no se encontraba en condiciones de lucidez como para conducir un vehículo, o estaba sumamente distraído, o no le importó la existencia del



obstáculo y arremetió contra él, sin plantearse que podría encontrar tras la barrera. En cualquiera de las tres hipótesis considero que es parcialmente responsable del accidente ocurrido, toda vez que no se condujo con la prudencia y diligencia acordes a las circunstancias (art. 1.109, Código Civil).

En definitiva, y como lo adelanté, ambos litigantes han incurrido en violación del deber de cuidado con el objeto de evitar el daño, que está en cabeza de todos los que intervienen en el tránsito. Tal como lo ponen de manifiesto Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa, la naturaleza de este deber de cuidado destaca que es necesaria la realización de una conducta que impida precisamente el nacimiento de un daño; y esta carga se impone no sólo al conductor del vehículo sino a la propia víctima dado que si, en principio, la víctima tiene derecho a actuar como desee, ello es así siempre que su conducta no afecte a otros (cfr. aut. cit., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2004, T. III, pág. 758).

Por lo dicho es que entiendo que ha mediado culpa concurrente de las partes, distribuyéndola en un 70% para el actor y en un 30% para el demandado.

IV.- Sentado lo anterior, que importa la revocación de la decisión de grado, debo expedirme sobre la reparación pretendida por la víctima.

Reclama la parte actora la indemnización del daño material, derivado de la incapacidad física provocada por el accidente.

De acuerdo con la prueba pericial médica obrante a fs. 301/303 vta. de autos el actor presenta una incapacidad del 76,2%. No paso por alto que la parte demandada ha impugnado este informe pericial, pero entiendo que las



explicaciones brindadas por el perito médico a esta impugnación son satisfactorias.

Luego, tomo en cuenta que el actor contaba con 29 años de edad al momento del accidente, como así también que no se ha acreditado en autos cuáles eran los ingresos del demandante a esa época, toda vez que la empresa SIMA informa que el señor Arias trabajó para ella hasta noviembre de 2008 (fs. 313). Consecuentemente, y conforme es proceder habitual de esta Sala II se ha de estar al salario mínimo, vital y móvil vigente a febrero de 2009, que era de \$ 1.240,00.

En atención a los términos de la demanda cabe promediar los resultados de la fórmula de matemática financiera en su modalidad Vuotto y en su modalidad Méndez, que utilizo como pauta objetiva a efectos de determinar este tipo de indemnizaciones, sin perjuicio del ajuste que, en más o en menos, se haga respecto de su resultado en atención a las particularidades del caso concreto. Cabe recordar que esta Sala II ha acudido al promedio antedicho como modo de lograr una reparación más justa, en atención a la variante que introduce la modalidad Méndez sobre la tradicional fórmula Vuotto en autos "Portales c/ Moño Azul S.A." (expte. n° 453.788/2011, P.S. 2016-VI, n° 170), a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad.

Consecuentemente, la indemnización por incapacidad sobreviniente asciende a la suma de \$ 355.180,00; y considerando la distribución de la responsabilidad en la producción del hecho dañoso, la demanda progresa por este rubro por la suma de \$ 106.554,00.

V.- En lo que refiere a la indemnización por daño moral, Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que *"El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización."*



"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica... Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización...Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro...El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración...La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La



indemnización del daño moral. Evaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).

Teniendo en cuenta las lesiones sufridas, el tiempo de curación y los tratamientos a los que fue sometido el accionante, como así también la incidencia que tiene su incapacidad principalmente en su vida de relación, dado las cicatrices que presenta, estimo que la suma de \$ 100.000,00 resulta suficiente reparación para el padecimiento espiritual del actor.

Dado la distribución de la responsabilidad en el siniestro de autos, el daño moral progresa por la suma de \$ 30.000,00.

VI.- En definitiva, la demanda progresa por la suma total de \$ 136.554,00.

Sobre dicho capital se han de computar intereses desde la fecha de la mora (11 de febrero de 2009) y hasta su efectivo pago, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén respecto de la reparación por incapacidad sobreviniente, y conforme la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén a partir de la mora y hasta la fecha del presente resolutorio, y a partir de este momento y hasta el efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco para la reparación del daño moral, conforme criterio sentado por esta Sala II en autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21). Se señaló en este precedente que "*La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a*



treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos donde la aplicación de esta tasa de interés desde la mora importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

"Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, "R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.", 7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

"Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.

"En efecto, en tanto el capital correspondiente a la reparación del daño moral responde a valores actuales, no fue afectado por la depreciación del valor de la moneda nacional por el período comprendido entre la fecha de la mora



y la del dictado de la sentencia, como sí ocurre con un capital calculado a la fecha de la mora”.

VII.- Con relación a las quejas arancelarias, entiendo que los honorarios regulados a los abogados de las partes se encuentran dentro de la escala legal, y retribuyen adecuadamente la labor cumplida, por lo que han de ser confirmados.

Igual sucede con el porcentaje sobre la base regulatoria fijado en concepto de honorarios para los peritos de autos, teniendo en cuenta la labor cumplida por ellos y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos establecidos para los letrados de las partes, por lo que también se confirman.

VIII.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y rechazar las quejas arancelarias. Consecuentemente, se modifica parcialmente el resolutorio apelado, haciendo lugar a la demanda planteada en el expediente n° 401.998/2009 y condenando al demandado y a la aseguradora citada en garantía, esta última en la medida del contrato de seguro, a pagar al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de \$ 136.554,00 en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con más sus intereses de acuerdo con lo determinado en el Considerando respectivo, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en ambas instancias, con relación al expediente n° 401.998/2009, se imponen en un 30% a cargo de la parte demandada y en un 70% a cargo de la parte actora, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por la actuación en la instancia de grado para la



totalidad de los letrados de la parte actora para el Dr. ...; y para el Dr. ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto, se le fije por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Disiento con la solución propuesta en el voto de mi colega de Sala, pues entiendo que en el caso no se configura el nexo de causalidad adecuado que permita tener por configurada la responsabilidad del demandado.

En ese sentido, entiendo que cabe efectuar el análisis a la luz del concepto de relación de causalidad como elemento imprescindible de la responsabilidad civil.

Así, he tenido ocasión de señalar: *"El sistema normativo que da sustento a la responsabilidad civil exige que sean satisfechos todos y cada uno de los presupuestos que le dan nacimiento.*

Así la relación de causalidad que une al autor y al daño puede fundarse en factores objetivos o subjetivos de atribución, refiriendo el primero teorías tales como la del riesgo creado y en el segundo -en líneas generales- el dolo y la culpa.

Me interesa detenerme en la cuestión de la relación de causalidad, pues entiendo que resulta el aspecto central a tener en cuenta para decidir la cuestión que desarrollan los agravios..." ("JARA SILVIA Y OTROS CONTRA CONSEJO PCIAL. DE EDUCACION S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", 6/6/2006)

"Volviendo a la cuestión conceptual de la relación de causalidad, y tal como los propios actores lo manifiestan en su escrito de demanda, a raíz del sistema de la causa adecuada adoptada por nuestro Código Civil, el examen



del presupuesto en análisis supone la confrontación entre un hecho y las consecuencias del mismo."

En ese sentido y en relación al caso en análisis es preciso determinar si del hecho en cuestión resulta previsible, verosímil o normal que se produzca la consecuencia acaecida, siendo relevante en el análisis no una certeza absoluta sino una seria probabilidad que supere el nivel conjetural.

Se trata de una causalidad jurídica, lo que significa que no se requiere una prueba física sino un examen de probabilidad, entendido como aquello que acostumbra suceder según el curso ordinario y natural de las cosas.

Así, si existe relación de causalidad es posible comenzar a hablar de un supuesto de responsabilidad civil.

Así: *"La causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, **la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario** y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso. "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial-Jalil, Julián Emil-LA LEY 11/12/2015)*

Continúa el autor: *"El análisis de la causa de un daño se debe hacer ex post facto, después de acaecido el hecho, un juicio o cálculo de probabilidades. Prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar si la acción u omisión del presunto agente era o no por sí misma*



apta o idónea para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas; y de responderse afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, habrá que declarar que tal acción u omisión era "adecuada" para producir el perjuicio, el que será entonces atribuible objetivamente a su agente; y no en caso contrario."

Pues bien, de acuerdo a las constancias de autos y los hechos descriptos no es posible afirmar que es una consecuencia normal u ordinaria, que habitualmente acaezca que en un lugar sin iluminación, por el que lo habitual es que circulen vehículos a lo que se suman un conjunto de ramas dispersas y encendidas atravesadas en el medio de la ruta dos personas pudieran encontrarse ya sea sentadas o acostadas por detrás de esa especie de barricada.

En el cuadro descripto podría calificarse de previsible el daño al vehículo por haber atravesado un montículo de ramas encendidas, pero no la lesión a una persona que se encontraba por detrás de aquellas.

"La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha señalado: "el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC.; Ac. 37535, "Cardone v. Borasi", DJJ 135-171; Ac. 41868, "Ferraro v. Di Módico", DJJ 137-9455). De este modo, y como lo afirmara en otra oportunidad, la Casación Bonaerense "recepta la postura doctrinal según la cual el juez, para determinar la relación causal adecuada contenida en el art. 906 CC. debe formular ex



post facto un juicio de probabilidad, o pronóstico póstumo u objetivo del resultado dañoso, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, para verificar si ese daño era previsible que se aprecia en abstracto" JA 1997-II-190 - sala 2ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul)"

Isidoro Goldenberg se refiere muy claramente a estas cuestiones al comentar el fallo antes citado, señalando: "En efecto, la consecuencia tiene que ser una derivación real del hecho del agente. Es el requisito de la "efectividad del nexo causal" como presupuesto de aplicación del instituto de la responsabilidad civil. Ello conduce al planteo efectuado por el profesor de Bolonia Stoppato -en su obra L'evento punibile- quien distingue los conceptos de "causa, condición y ocasión". Conforme a esta tesis, la condición no produce el efecto, al contrario de la causa que le da existencia, sino que simplemente lo facilita permitiendo así la acción de la causa eficiente. A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos es necesario realizar un juicio retrospectivo de probabilidad o idoneidad cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era per se "apta o adecuada" para provocar normalmente esa consecuencia? Este juicio debe emplazarse no desde la óptica del sujeto actuante sino en abstracto, en un plano objetivo, con prescindencia de lo efectivamente ocurrido."

El autor continúa comentando: "Ha dicho la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires -se expresa en el fallo- que "el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. El alto tribunal recoge en ese pronunciamiento el concepto de "normalidad" que supone que el efecto es resultado de un acontecimiento que "ordinariamente" era pronosticable, vale



decir, de esperar. Se trata del "coeficiente de universal experiencia", que se apoya en la estadística, según la caracterización del fisiólogo J. von Kries, profesor de Friburgo, a quien se debe la configuración precisa de la teoría de la causalidad adecuada en el año 1888. Puede considerarse precursor de ella a Luis von Bar, quien la expone inicialmente en 1871 y cuya importante contribución es que introduce por vez primera el concepto de "regularidad": de acuerdo con su planteo, el agente sólo debe responder de las consecuencias "regulares" de su acción." (El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo -JA 1997-II-190-ISIDORO H. GOLDENBERG)

De este modo, efectuado el juicio en abstracto no puede calificarse de previsible la presencia de personas detrás del piquete en las condiciones en que se verificara en concreto.

En consecuencia, he de proponer se confirme la sentencia de grado y se rechace la demanda.

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

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II, POR MAYORIA**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 467/479 vta.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que



por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRÍO - DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. FERNANDO M. GHISINI
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria