



NEUQUEN, 26 de noviembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MORA DANIELO DAVID C/ NICOLAU GUILLERMO ENRIQUE Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (EXP N° 470166/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 5 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Daniela GARCIA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la **Dra. Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia que rechaza la demanda, con costas al vencido.

El recurrente se queja de que la magistrada no haya tenido en cuenta la excesiva velocidad con la que circulaba el demandado, en tanto lo hacía a 79,71 km por hora.

Entiende que frente a tal circunstancia, liberarlo de su responsabilidad, fundándola en la conducta de su parte - calificada como temeraria- es arbitrario.

Alude a las constancias existentes en la causa penal e indica que sería un peligroso precedente de impunidad en el volante, eximirlo de responsabilidad, en forma total.

Se refiere luego a su supuesta ebriedad, la que desconoce, señalando que no hay ningún elemento de prueba que así lo corrobore.

Opina que se encuentra afectado su derecho de propiedad y hace reserva del caso federal.

1.1. Los agravios son contestados en hojas 423/426.

Se requiere se declare desierto el recurso.

Eventualmente, contesta los agravios y sostiene que el conductor no circulaba a una velocidad excesiva, sino apenas encima por la permitida en el sector.



Dice que el actor cruzó la ruta por un lugar no permitido, de modo zigzagueante y que, de haber circulado el actor (debió decir demandado) a 60 km por hora, no se habría evitado el hecho.

2. Ahora bien, la magistrada ha tenido por acreditada la culpa exclusiva de la víctima en la producción del accidente, como consecuencia de haber intentado el cruce de la calzada por un lugar no habilitado a tal fin.

Concretamente indica:

"Surge del croquis policial obrante a fs. 3 de la causa penal, como así también de la fotografía obrante a fs. 118 del lugar del accidente, como así también de la declaración de los testigos Hortencia Cheuquel (fs. 22/23 y 67/68) y Martín Estaban Barrientos (fs. 102/103) y del informe accidentalológico agregado a fs. 73/75, todos de la causa penal, que el actor, Sr. Danielo David Mora cruzó la ruta 22 por un lugar no habilitado para el cruce de peatones, a horas de la noche, en tanto en el mes de julio en que ocurrió el accidente se encuentra sin iluminación natural, en forma zigzagueante y con evidente estado de ebriedad. Entiendo que ello evidencia una conducta temeraria y que en virtud de la misma fue que el accidente se produjo. Ello, en tanto si bien el informe accidentalológico determina que el Sr. Nicolau circulaba a excesiva velocidad, lo hacía a 79,71 km./h., es decir un poco por encima de la máxima permitida en el lugar (60 km/h.), conforme lo indica el art. 51 inc. 4º de la Ley Nacional de Tránsito, toda vez que el cartel que señala como velocidad máxima la de 40 km./h. lo es para tomar el desvío que se encuentra antes del presunto lugar de impacto sobre la ruta 22.

Si bien se ha acreditado que el demandado circulaba a una velocidad por encima de la permitida en el lugar, entiendo que la conducta temeraria desarrollada por el actor fue la causante del accidente, en tanto tal como lo



señalan los testigos presenciales del accidente, oficiales Cheuquel y Barrientos, el actor cruzó la ruta por un lugar no permitido, con la habilitación del semáforo para los vehículos que circulaban por la ruta, caminando en forma zigzagueante y alcoholizado con ropas oscuras, volviendo sobre sus pasos una vez cruzado el carril rápido (izquierdo del carril norte) e interponiéndose en la marcha del vehículo conducido por el demandado Sr. Nicolau en forma imprevista, por lo que de haber respetado el actor la velocidad máxima permitida en el lugar, no asegura que el accidente se hubiera evitado..."

Teniendo en consideración las pruebas a las que hace referencia la magistrada -las que efectivamente dan cuenta de los hechos tenidos por acreditados- entiendo que, en principio, no hay arbitrariedad en la valoración probatoria.

Debo aquí señalar, que aún teniendo por no acreditado el estado de ebriedad ante la ausencia de prueba técnicas o de laboratorio, el hecho cruzar una ruta, por lugar no permitido, de modo zigzagueante, sin lugar a dudas presenta al actuar de la víctima como culposo y con una notoria participación causal en el evento.

2.1. Sin embargo -y por eso aclaraba, "en principio"- discrepo con la sentenciante de grado respecto de la valoración de la incidencia de la conducta del peatón en el acaecimiento del hecho dañoso, a punto de acordarle el 100%.

Como señalara la Dra. Clérici, en voto al que adhiriera, *"...El ejercicio de una real prudencia, conforme lo exigen las normas civiles ut supra invocadas, no consiste solamente en el cuidado propio de la conducta de quién está a cargo del dominio del rodado (guardián de facto), sino también la consideración de la particular negligencia en que pudieran incurrir un tercero, automovilista o peatón.*

"...Por ello cabe afirmar que el principio indicativo en esta materia impone una conducción atenta y prudente, con disposición anímica y posibilidad funcional de detener



inmediatamente el conducido ante cualquier obstáculo... Pero este deber de atención y prudencia conductiva no puede ser exigido a extremos tales que hagan imposible un tránsito normal, teniendo sus límites en las imprudencias manifiestas cometidas por los peatones o terceros cuando tales conductas impliquen exceder todo margen normal de imprevisión..." (cfr. "DEL EGIDO JOSE CONTRA A.V. GROUP S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", (Expte.Nº 402833/9).

Es que, como lo indicara por mi parte, en la misma causa, "...El hecho de la víctima que exonera al dueño o guardián debe surgir con características de caso fortuito. Cuando en cambio ocurre según el orden natural de cosas que acostumbran a suceder, el hecho debe considerarse previsible y si el agente, obrando con elementales pautas de prudencia, contó con los medios necesarios para sortear las posibles consecuencias dañosas, no cabe dudar de que las mismas fueron susceptibles de ser evitadas" (C 2ª Civ Com. La Plata, sala II, 1-6-2000, "Revista de Derecho de daños", 2003-2, p. 319).

Dicho razonamiento es adverso a un elemental tratamiento igualitario, pues coloca el peso de la previsión de consecuencias nocivas sólo sobre una de las partes, como si la víctima fuera ajena al suceso, en lugar de frecuente coprotagonista de los peligros del tránsito.

También se reflexiona sobre que, si el obrar de la víctima no reviste caracteres de caso fortuito, el perjuicio reconocería dos causas: del damnificado y del dueño o guardián por riesgo de la cosa; de allí que procedería distribuir la carga de los daños.

Tal doctrina ha sido aplicada con frecuencia al cruce del peatón por lugares no autorizados, sobre todo cuando tal proceder resulta más o menos habitual en tales sitios. Es la postura de nuestra Corte Suprema: esa infracción no interrumpe totalmente un nexo causal con el riesgo, salvo que fuese causa única, imprevisible e inevitable



(CSJN, 15-12-98, LA LEY, 1999-D, 534 y RC y S, 1999-1090), como en una aparición sorpresiva saliendo detrás de otro vehículo, o del niño que imprevistamente corre hacia a la calle.

A nuestro entender, los casos más claros de causalidad imputable a la víctima serán esos sucesos inesperados e irresistibles.

Sin embargo, para excluir o siquiera aminorar la responsabilidad, es suficiente que aquélla se haya puesto en situación indebida de peligro que el automovilista no tenga carga de asumir ni sortear. Por eso, desde un estricto enfoque teórico, debería bastar causalidad del afectado aunque no signifique caso fortuito.

Así, no es imprevisible, sino lamentablemente habitual, que caminantes cometan infracciones de tránsito, pero cuando se erigen en causa o concausa del accidente, no hay por qué cargar con responsabilidad al conductor que no ha violado deber alguno. De tal modo, si el peatón desciende a la calzada por lugar no autorizado y aquél transitaba a velocidad prudente.

Sin embargo, en la responsabilidad por riesgo las eximentes deben interpretarse con estrictez. Sobre todo en accidentes de tránsito, pues los conductores soportan la obligación de mantener pleno dominio y control de vehículos, incluso para superar obstáculos extraños al hecho propio, pues de todos modos integran el peligro de su tránsito..." (cfr. Zavala de González, Matilde "Problemas causales en accidentes de tránsito", Publicado en: RCyS 2011-X, 20. Ver también: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Martínez, Osvaldo Lino c. Línea de Transporte 117 Dota S.A. s/ daños y perjuicios • 04/10/2012, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/59075/2012 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, "Navarro, Miguel Ángel c. Cardozo, Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios •



08/05/2012, Publicado en: RCyS 2012-VIII, 243 • DJ 07/11/2012, 90 Cita online: AR/JUR/21985/2012, entre otros)..."

Traídos estos conceptos al caso analizado, entiendo que la infracción cometida por el demandado en punto al exceso de velocidad permitida, influye en la solución a acordar, en tanto no se ha acreditado que careciera de incidencia causal.

Ninguna prueba pericial se ha producido, en este sentido, en esta causa, y los elementos obrantes en sede penal, indican lo contrario.

Concretamente se sostiene: "Sobre su causalidad, convergen dos cuestiones fundamentales: por un lado, los cálculos físicos nos arrojan que el furgón involucrado transitaba la vía con límites de velocidad superiores a los establecidos y desde otro lugar, la ubicación del área de atropello (de embestimiento) nos dan cuenta que el peatón cruzaba, trasponía o franqueaba la calzada fuera de un sector habilitado"

No desconozco que la parte demandada indica en su responde que el coeficiente de adherencia que utilizó el perito en sede penal es erróneo toda vez que ha quedado obsoleto; sin embargo, como ya lo señalara, ningún elemento probatorio se arrió para establecer que no hubo exceso de velocidad y que, en su caso, ésta no tuvo incidencia causal alguna.

En conclusión: La gravedad del accionar del actor que surge de la descripción que correctamente efectúa la magistrada, determina que en mayor medida las consecuencias deban ser asumidas por aquél, atribuyéndose la responsabilidad en un 85% al actor y en un 15% al demandado, al conducir en exceso de la velocidad permitida.

3. Dado que conforme lo desarrollado en el apartado anterior he de propiciar la revocación del fallo de grado y el acogimiento parcial de la demanda, corresponde que me expida



respecto de los rubros indemnizatorios pretendidos en la demanda.

El actor reclama:

a) incapacidad sobreviniente, estimando un porcentaje de incapacidad del 39%, lo cuantifica en la suma de \$225.400.

b) Daño psicológico: \$31.200

c) Daño moral: \$85.700

d) Lucro cesante: \$55.200

3.1. Siguiendo este orden para su tratamiento, corresponde en primer término abordar el rubro incapacidad sobreviniente.

De acuerdo al resultado de la pericia médica, el actor padece una incapacidad del 26%, en orden a la fractura del fémur con acortamiento.

Indica el perito que la "secuela del accidente es un acortamiento del miembro inferior derecho con marcha disbásica" que la pierna presenta un acortamiento de 3 cm y que tiene dificultades para las actividades que requieran movilidad activa de rodillas" (hoja 275 vta).

Al conferirse el respectivo traslado, la actora no lo cuestiona y la demandada indica que se reserva la facultad de cuestionar la eficacia probatoria del dictamen para el momento de alegar (hoja 348). Sin embargo, en los alegatos (hojas 395/396) nada dice.

El informe no ha merecido, entonces, objeción alguna de las partes por lo que estaré a su resultado, en tanto -por lo demás- las constancias médicas relativas a las internaciones, las intervenciones quirúrgicas llevadas adelante con proximidad al evento dañoso, determinan que las secuelas indicadas por el perito guarden relación de causalidad con el evento dañoso.

Determinada entonces la incapacidad en un 26%, debe considerarse que, a los efectos de reparar el daño consecuente



a una incapacidad física, se tiene en cuenta fundamentalmente la incidencia patrimonial que la disminución de la plena capacidad ocasiona a la víctima, la que se relaciona, en principio, con su vida laboral y su capacidad de ganancia.

Pero no debe olvidarse que "la incapacidad sobreviniente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas como psíquicas de la víctima que repercute tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida, observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad" (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala L, "Gendlin c/ Transporte Lope de Vega", 5/8/2011, LL on line AR/JUR/50933/2011).

Por lo tanto "la incapacidad no sólo atiende a la disminución laboral sino también al menoscabo o detrimento que se sufre en áreas como las relaciones sociales, deportivas, estéticas y sexuales, es decir, lo que se protege es la integridad psicofísica del individuo y el ejercicio de sus funciones vitales" (Cám. 1ª Apel. Civ. Com. Minas, Paz y Trib., San Rafael, "Guevara c/ Ojeda", 13/8/2010, LL on line AR/JUR/43642/2010).

Teniendo en cuenta entonces la disminución de la capacidad física informada por el perito médico, las condiciones personales del actor, y las limitaciones señaladas y la circunstancia de que no se ha acreditado el monto de los ingresos (por lo que habrá de estarse para la estimación al salario mínimo vital y móvil vigente a la época del suceso), estimo equitativo fijar la suma de \$180.000, por lo que, en función del porcentaje atribuido, la demandada deberá responder por la suma de **\$27.000**.

3.2. Con relación a la suma a otorgar por daño moral, tal como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, lo que significa que debe efectuarse una



diferenciación según la gravedad del daño, las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de reparaciones en casos semejantes, los placeres compensatorios y 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. (cfr., entre otros PS: 2011-N°238- T° VI F°1167/1171- Sala II, 28/10/11).

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 las personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Se pueden puntualizar 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).

Por otra -aunque relacionada- parte, al no reconocerse el daño psicológico en forma autónoma, en supuestos como el de autos, debe ser ponderado para la cuantificación del daño moral.

Traídas todas estas consideraciones al caso analizado, ha quedado sentado que el actor padece una incapacidad física permanente y ha tenido que atravesar intervenciones que le han generado dolor y una serie de padecimientos. La pericial psicológica, da cuenta de su estado posterior (hojas 283/287).



En base a los conceptos expuestos, considerando las lesiones sufridas, y la repercusión que ellas y el hecho dañoso han tenido sobre la psiquis del actor, conforme lo informado por la pericia psicológica, entiendo que la suma de \$40.000 retribuye adecuadamente los padecimientos espirituales del actor. De conformidad con la atribución de responsabilidad establecida, la demandada debe abonar como indemnización por daño moral la suma de **\$6.000**.

3.3. Como ya lo he indicado, he englobado el tratamiento del daño psicológico dentro del moral.

No obstante, debo considerar que bajo este rubro el actor solicita los gastos de tratamiento.

La perito psicóloga indica que el evento ha producido un impacto fuerte a su psiquismo y aclara que, con anterioridad al evento, el peritado presentaba un cuadro de retraso madurativo leve, lo que determina que el accidente se presente como concausa, rompiendo el equilibrio que el sujeto había logrado.

Señala que, al momento de la entrevista, el actor se encuentra internado y bajo tratamiento psiquiátrico y que luego de externado, requerirá tratamiento de psicoterapia al menos por dos años, estimando un valor aproximado de \$19.200. Agrega que deberá realizar tratamiento psiquiátrico por el termino de un año con un costo de \$400,00 por consulta, con una frecuencia de una o dos entrevistas mensuales.

Teniendo en consideración que el dictamen no ha merecido reparos por las partes (en los alegatos de la demandada nada se indica), y ponderando la incidencia concausal del accidente -tal lo expone la perito- estimo prudente fijar por este rubro la suma de \$16.000, debiendo soportar la demandada el pago de la suma de **\$2.400,00**.

3.5. Por último y con relación al lucro cesante, tiene dicho esta Sala: "...como cualquier otro daño, tiene que valorarse en concreto, teniendo en cuenta las tareas que se



cumplen y la retribución percibida; por eso si no se ha probado la actividad del damnificado... Si el sujeto no tenía aptitud productiva (un menor) o la había perdido (un anciano) o no la ejercía en los hechos (un desocupado) ningún lucro cesante experimenta durante el lapso más o menos breve de curación de sus lesiones... De allí que, en principio, sea menester acreditar no sólo la aptitud productiva, sino su efectivo despliegue con anterioridad al hecho (la "actividad" rentable) y que la suspensión a raíz de las lesiones ha sido el germen evidente de la pérdida de ingresos..." (cfr. Zavala de González, op. cit. pág 267 y 273)", ("HIDALGO RAMIREZ HERNAN CONTRA O.P.S. S.A. Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 348.103/7).

En este caso, la prueba reunida no permite acceder al reclamo planteado, en tanto un único testigo expone que realizaba changas como albañil, con un vecino que lo llevaba con él. Sin embargo, ningún otro elemento probatorio existe de tal circunstancia lo que debilita el testimonio de quien además, reconoce ser amigo del actor (ver hojas 168).

En orden a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: Revocar el pronunciamiento apelado, y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada y a su aseguradora, esta última en la medida del contrato de seguro, a pagar al actor la suma de \$35.400,00 con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN, desde la fecha del evento y hasta el efectivo pago.

Las costas por la actuación en primera y segunda instancias se imponen en un 85% a cargo del actor y en un 15% a cargo de la demandada (art. 71, CPCyC). **MI VOTO.**

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto:



SE RESUELVE:

1.- Revocar el pronunciamiento de fs. 399/404 y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada y a su aseguradora, esta última en la medida del contrato de seguro, a pagar al actor la suma de pesos **TREINTA Y CINCO MIL CUATROSCIENTOS (\$35.400,00)** con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN, desde la fecha del evento y hasta el efectivo pago.

2.- Imponer las costas por la actuación en primera y segunda instancias en un 85% a cargo del actor y en un 15% a cargo de la demandada (art. 71, CPCyC).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.

4.- 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 al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Daniela García - SECRETARIA