NEUQUEN, 23 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MORAGA ENRIQUE NICOLAS C/ ESCUDERO HORMAZABAL MANUEL NICOLAS Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (**JNQCI5 EXP** N° **507517/2015**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. José I. **NOACCO dijo:**

I.- Ambas partes interponen recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el día 27 de septiembre de 2017 (fs. 234/242 vta.): la parte actora mediante expresión de agravios glosada a fs. 266/267 y los co-demandados a fs. 268/271 vta., pieza ésta última que es contestada por la contraria a fs. 277/279 vta.

II.- La parte actora se agravia por considerar que el monto establecido como reparación por el daño moral sufrido es exiguo, en tanto no guarda relación con los padecimientos sufridos por Moraga como consecuencia del accidente de autos, quien no solo padeció lesiones físicas, también daño psicológico, citando las conclusiones periciales.

Los demandados no contestaron el traslado.

III.- Los co-demandados se sienten agraviados en tanto consideran que la jueza de grado no valoró adecuadamente la prueba rendida en autos y, en consecuencia, les atribuyó erróneamente la exclusiva responsabilidad en el evento.

Entienden que debió rechazarse la acción o en su defecto atenuarse la responsabilidad, conclusión que se impone si se analizan todas las circunstancias fácticas y legales del caso.

De ese análisis, utilizando la lógica, las máximas de experiencia y las normas que regulan el tránsito se puede inferir que hubo culpa de la víctima con capacidad para interrumpir el nexo causal, o al menos, para aminorar su responsabilidad.

Así, del análisis del croquis, se desprende que el actor pudo evitar el evento si hubiera conducido atento y a velocidad permitida.

Además, se puede inferir de la prueba colectada que el actor no llevaba el caso colocado, o lo llevaba colocado de manera antirreglamentaria, sin ajustar, incumpliendo expresa normativa al respecto e incurriendo en una falta grave.

La parte actora contesta el traslado solicitando su rechazo, por cuanto no reúne los requisitos de procedencia al no contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo.

Añade que al encuadrarse el caso en el artículo 1113 del Código Civil, debió probar el eximente de responsabilidad en forma categórica.

Expresa que la responsabilidad objetiva no puede ser considerada de excepción o de interpretación restrictiva y que, en accidentes de tránsito, solo tiene relevancia la participación activa del vehículo en la producción del resultado.

IV.- Por una razón de orden y método corresponde evaluar en primer término los agravios de los co-demandados, y luego, el del accionante.

i) En cuanto al agravio vinculado con la mecánica del accidente, es importante señalar que en el mismo se omite una crítica concreta y razonada, limitándose a una particular

interpretación de uno de los elementos probatorios aportado a la causa, el croquis policial, y a partir de allí, a elaborar una teoría del modo en que el accionante pudo haber evitado la colisión.

Sostienen una hipótesis, que aún si se tomara como cierta, no los relevaría de responsabilidad sino que por el contrario la confirma.

Al sustentar que el accionante pudo haber evitado el accidente si hubiera conducido con atención y a velocidad permitida, parte de la suposición no acreditada en autos, que éste llegó al punto de colisión con anticipación suficiente para realizar la maniobra evasiva que, dice, pudo haber hecho por el espacio supuestamente libre del carril por el que circulaba.

El artículo 1113 del Código Civil –de aplicación en autos, conforme ha llegado firme a esta instancia- establece que el dueño o guardián de la cosa solo se eximirá de responsabilidad, en forma total o parcial, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder.

Sobre esa senda, observo que la pericia accidentológica da cuenta de que el conductor del rodado menor tenía la prioridad de paso, mientras que el conductor del automotor violó las normas establecidas en el artículo 43 de la Ley Nacional de tránsito que regula las maniobras de giro, siendo éste el único elemento, junto con el croquis policial, que describen la mecánica del accidente, sin que ninguna de ambos refiera que efectivamente el actor haya estado desatento, circulando a velocidad excesiva o haya tenido la posibilidad de evitar el impacto.

Dado que ninguna prueba acredita esa culpa en la víctima, el agravio deberá ser rechazado.

ii) En segundo término, la parte demandada critica la sentencia de grado en cuanto sostiene que la jueza de grado no ha ponderado que, pese a lo declarado por el testigo C., lo cierto es que el actor no llevaba el casco puesto o, en su defecto, no lo llevaba correctamente sujeto.

Agrega que ese hecho de la víctima incidió en forma directa e inmediata en la producción del daño, lo cual debe serle imputado, por cuanto tiene la aptitud de interrumpir el nexo causal.

Apoya su afirmación en lo que surge de la Historia Clínica del Hospital Castro Rendón, donde en el diagnóstico al ingreso surge que las lesiones corresponde a un accidente moto/auto sin casco.

Por su parte, la a-quo consigna en su resolución que del testimonio del Sr. C., surge que el conductor del rodado menor circulaba con el casco puesto, pero que al momento del impacto éste se desprendió de su cabeza, "voló".

La circunstancia de que el casco haya "volado" da cuenta de que el mismo no se encontraba colocado de manera segura y adecuada, alejando toda presunción de daño o rotura como consecuencia de un impacto, ya que lo primero precedió en el tiempo a lo segundo.

Esta secuencia surge del relato del actor en su demanda, quien señaló que como consecuencia de la colisión su cuerpo salió despedido, impactando violentamente contra el asfalto.

Resulta imputable a la víctima, entonces, el uso inadecuado del casco protector.

Ahora bien, la ley de tránsito n° 24.449 en su artículo 77, inc. s, asimila la falta de casco protector a su uso incorrecto o falto de sujeción. Dice la norma que

constituye falta grave "La conducción de motocicletas sin que alguno de sus ocupantes utilice correctamente colocado y sujetado el casco reglamentario".

Coincido con prestigiosa doctrina que señala que la omisión en la utilización del casco, o su uso incorrecto, no constituye inexorablemente un supuesto de culpa de la víctima sino que, por el contrario, tiene relevancia en cuanto tenga incidencia causal en la producción del daño y en la medida de la misma (cfr. Pizarro-Vallespinos, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II. Págs. 371/372, Rubinzal-Culzoni Editores).

Estos autores citan que: "La no utilización del casco por parte de un motociclista debe ponderarse a la hora de analizar las lesiones sufridas por la víctima –en el caso, su muerte-, en tanto guarde relación causal directa con el hecho dañoso, incidiendo sobre la indemnización a otorgar que deberá ser inferior al haber contribuido a causar su propio daño" (CNCiv., Sala H, 13-3-2001, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2001-617, el ídem, pág. 372).

En idéntico sentido se ha dicho: "... ha llegado a resolverse que la ausencia de casco protector en la víctima, aunque no revista el carácter de causa eficiente en la producción del siniestro, ha de tenerse en cuenta si contribuyó a magnificar las lesiones padecidas por aquélla..." (López Mesa, Marcelo, Responsabilidad Civil por accidentes de automotores, pág. 571, Rubinzal-Culzoni Editores).

Y que: "Aún cuando en la producción del accidente no hubiese mediado conducta impropia imputable a la víctima, lo cierto es que si con su descuido o negligencia (motociclista que no llevaba casco protector) contribuyó a las consecuencias lesivas del choque sobre su organismo, los efectos perjudiciales del responder (indemnización) deben ser

atemperados...” (0.0768636 || Gaspar, Daniel Carlos vs. Galván, David Oscar s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala B; 01/05/2004; Rubinzal Online; RC J 3610/04)

También, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió en forma concordante que: “Corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por los demandados, revocar la decisión de Cámara recurrida y, en consecuencia, mantener la sentencia de primera instancia que resolvió que la responsabilidad respecto de la producción de los daños sufridos debían distribuirse en orden al 60 % para la parte actora y en un 40 % para la parte demandada. Ello así pues, si bien la falta de utilización del casco protector constituye una infracción a una norma de tránsito, que por sí misma no es determinante de responsabilidad, es sabido que dicha omisión podrá -eventualmente- incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas. Y tal incidencia causal relevante luce incontrastable en el caso, ni bien se advierte que el deceso de la víctima acaeció, precisamente, por la lesión encéfalo craneana sufrida, de donde la ausencia de protección de esta extremidad ha jugado indudablemente algún papel en la producción del daño. Sobre el particular, el informe médico obrante en las actuaciones penales que corren acollaradas así lo corrobora, al concluir: "la muerte se produce como consecuencia de lesión irreversible de centros nerviosos vitales superiores por traumatismo encéfalo-craneano severo". No puede dejar de ponderarse, a esos fines y de manera concordante, que fue precisamente la existencia y magnitud de las lesiones craneanas que exhibía la víctima uno de los elementos tenidos en cuenta por el sentenciante de origen para arribar a la conclusión de que la víctima carecía de aquel elemento de protección al momento del accidente, por lo que es de toda lógica suponer que de haberlo portado no habrían

existido aquellas lesiones, o hubieran tenido una intensidad menor." (0.0564975,| M., J. J. y otro vs. Administración General de Obras Sanitarias y otro s. Daños y perjuicios, SCJ, Buenos Aires; 30/09/2014; Rubinzal Online; 111721; RC J 8058/14).

Por lo expuesto, considero que el uso defectuoso del casco contribuyó a aumentar la magnitud de las lesiones sufridas en el cráneo, a saber: la fractura de Lefort III y el daño orgánico cerebral II, determinados por el perito médico a fs. 199 vta., en dictamen consentido por las partes correspondiendo, entonces, se distribuya la responsabilidad en la producción de tales daños.

Teniendo en cuenta el modo en que el accidente se produjo y que la causa eficiente en su producción recayó exclusivamente sobre el conductor del rodado mayor por una parte, y por la otra que en alguna medida, la adecuada utilización del casco por parte del demandado hubiera prevenido o mitigado esas lesiones, entiendo que debe aquel asumir en consecuencia un mayor porcentaje de responsabilidad en el resarcimiento por lo que atribuiré ésta responsabilidad en un 30% al actor y un 70% al demandado.

Por lo cual prosperará parcialmente el agravio, correspondiendo reducir el monto indemnizatorio en un 30% en éste rubro.

iii) La parte actora se agravia, por cuanto considera que el monto que le ha sido dado en reparación por el daño moral resulta exiguo.

Con relación al daño moral, siguiendo jurisprudencia de ésta Sala en su anterior composición, en la causa n° **507.225/2015**, se ha dicho que: "Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz

rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160)".

"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)".

"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. Avaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38)" –cfr. autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación", expte. 421.965/2010, sentencia de fecha 21/2/2017; "Castellán c/ Corbani", expte. n° 505.828/2014, 2/11/2017, entre otros-)..."

Ahora bien, trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, entiendo que además de las consideraciones que tuvo en cuenta la a-quo (la angustia propia del evento dañoso y lo dictaminado por la perito psicóloga en su informe de fs. 154/159), deben valorarse las secuelas emocionales y estéticas, como también lo señalado al tratarse segundo agravio de la parte demandada respecto de su participación en

la producción del daño, por la omisión de conducir la motocicleta con el casco colocado en forma insatisfactoria; y también los padecimientos espirituales de las lesiones y el tiempo de recuperación que le demandó al actor.

Por ello, considero justo y equitativo confirmar la sentencia en el monto otorgado por éste rubro.

V.- Respecto de las apelaciones arancelarias, revisados que fueron los porcentajes regulados a los profesionales intervinentes por su actuación en la primera instancia, y corroborando que siguen las pautas utilizadas en esta instancia en casos similares, me permiten concluir en que resultan ajustados a derecho; razón por la que deberán rechazarse aquellas.

VI.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo se haga lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el resolutorio en todo lo demás y, en consecuencia, modificar la sentencia dictada a fs. 234/242 vta. en lo que respecta al importe del rubro daño físico e incapacidad sobreviniente determinándolo en la suma de $ 587.636,34.

A éste monto se llega, mediante la siguiente operación: al monto total determinado por el rubro por la a-quo, se resta el monto que proporcionalmente corresponde al daño físico sufrido por el actor tibia izquierda (4%), equivalente a $ 73.454,55. Al resultado se le quita el 30% atribuido al propio actor, dando un total por los daños sufridos en la cabeza de $ 514.181,81 que, sumados al monto por el daño en la tibia, arrojan el resultado total establecido.

En consecuencia el monto por total por el que prospera la acción es de $ 719.803,34.

Teniendo en cuenta que los recursos interpuestos prosperan en forma parcial, las costas devengadas en la Alzada se impondrán por su orden y los honorarios profesionales de los letrados intervinientes se regularán en el 30% de los honorarios fijados por su actuación en primera instancia.

La Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 234/242 vta., elevando el monto de condena a la suma de $ 719.803,34 de conformidad con lo establecidos en los considerandos; confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de recursos y agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado (arts. 69 y 68 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en el 30% de los honorarios regulados por su actuación en primera instancia.

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria