



NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** (EXP N° 376828/2008) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO.4 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 455/461 se dicta la sentencia de Primera Instancia que rechaza la demanda iniciada por la Sra. Asmar.

Contra dicho pronunciamiento, la actora deduce recurso de apelación.

Se agravia de que la sentenciante entienda que no ha existido factor de atribución de responsabilidad respecto del codemandado Daniel Hoffmann, en su carácter de dueño del vehículo.

Refiere aquí a la negligencia del nombrado al no representarse el riesgo que produce con su conducta de dejar una cosa riesgosa -como lo es un automóvil- con la puerta abierta y las llaves puestas en medio de la calle. Insiste que si el demandado hubiera tenido un mínimo de sentido común y diligencia, se hubiera representado el peligro que generaba la situación por él creada.

Agrega que tampoco se ha aplicado correctamente la teoría del riesgo creado, puesto que quien introduce en la comunidad un riesgo, debe soportar sus consecuencias.

En segundo lugar, se queja del rechazo de los daños reclamados por entender que no existen evidencias probatorias en tal sentido. Señala que los responsables del hecho



reconocieron la situación dañosa, y refiere a las distintas constancias que dan cuenta de los gastos incurridos. Afirma que el daño moral surge en forma innegable de las circunstancias de la causa que se encuentran acreditadas y reconocidas.

Por último, se agravia de la imposición de costas, por resultar absurda e injusta.

Corrido el traslado de ley, el codemandado Hoffmann y la citada en garantía contestan en hojas 498/502 y 505/507vta, respectivamente. Solicitan el rechazo del recurso, con costas.

2.- A mi criterio el recurso resulta procedente, aunque con el alcance que explicaré a continuación.

La jueza de grado responsabilizó a los padres de la menor (en aquél entonces, tenía 3 años), quien se subió al auto del Sr. Hoffmann y le dio arranque, provocando la caída de un cartel, que a su vez cayó encima de la reclamante.

Con respecto al titular del rodado -Sr. Hoffmann-, consideró probada la eximente alegada: culpa de un tercero por quien no se debe responder, en los términos del art. 1113 del Código Civil.

A mi modo de ver, tal afirmación es producto de una errónea consideración de los términos de la ley, que tampoco ha sido acompañada por una razonable apreciación de las circunstancias de la causa.

En efecto, no se encuentra discutido en este proceso que el día de los hechos el auto en cuestión se hallaba sobre la calle Juan B. Justo, a unos metros de la entrada al taller, propiedad del Sr. Soto. Pero fundamentalmente, lo que nadie controvierte, es que el auto permanecía con las llaves



puestas. Lógica derivación de esto último, es que la puerta del conductor no estaba cerrada.

En este contexto, concuerdo con el apelante en punto a que existió un grave descuido del conductor, quien introdujo un riesgo innecesario a la vía pública, por el cual debe responder.

El Sr. Hoffmann al contestar demanda invocó la siguiente defensa: "respecto del accionar de la niña, y sin dejar de reconocer que pudo tratarse de una desgracia, ninguna responsabilidad puede atribuirse a esta parte, ni a título de culpa ni conforme la responsabilidad objetiva que atribuye al dueño de la cosa el art. 1113 del Código Civil, en tanto la cosa fue utilizada en contra de mi voluntad y hasta podría agregar, por un tercero por el que no debo responder".

Ahora bien, *"la última parte del artículo citado establece una causal de liberación común a los supuestos de daños con las cosas o por su vicio o riesgo: el uso contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.*

Respecto a la extensión del término "uso contrario a la voluntad del dueño o guardián" se han expuesto dos criterios: 1) Restringido (Brebbia entre otros), según el cual la excepción de responsabilidad sólo funciona cuando media desapoderamiento del dueño o guardián (robo, hurto o hipótesis semejantes); y 2) Amplio, que considera que no hay razón para ser tan severo con el presunto responsable, quien se exime si justifica que la utilización de la cosa ha sido hecha contra su voluntad expresa o tácita, como por ejemplo, cuando la cosa ha sido dada para una finalidad determinada y se la usa para otra absolutamente distinta (Llambías, Mosset Iturraspe, Alterini, Horvath, conclusiones de IV Congreso Nacional de Derecho Civil, entre otros).



*Lejos de profundizar tal aspecto doctrinario y eventualmente encuadrar el "sub iudice" en una u otra de las posturas enunciadas, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia nacional resolvió que aunque el uso sea contrario a la voluntad (postura amplia), no cesa la responsabilidad si ha sido posible por un acto culposo del dueño o guardián, como por ejemplo lo es el de **dejar las llaves puestas en un vehículo estacionado en la calle, o al alcance de un menor**, o dejar el auto con el motor en marcha, toda vez que en estos casos, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder (CNCiv., sala A, diciembre 10-971, LA LEY, 148-68, fallo 29.585-S, ídem del 23/7/62, ED 5-728, LA LEY 109-569 y JA 1962-V-506; sala E, 19/8/74, LA LEY, 156-864, fallo 31.957-S; STS Santa Fe, 24/11/42, JA, 1942-IV-675; Trib. Coleg. n° 1 Santa Fe, 25/10/82, Zeus, 31-J-293; CApel. Mercedes, sala II, 9/10/79, SP LA LEY, 1980-11; Trigo Represas: "Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores", LA LEY, 1981-C, 691; del mismo autor y Rubén Compagnucci de Casso: "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t. 2b, ps. 361/366; Llambías "Código ...", t. II-B, ps. 475/476 y jurisprudencia allí citada; Belluscio-Zannoni, "Código ...", t. 5, ps. 570-572; Salas: "Código ...", t. 1, ps. 615/616, entre otros)(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, Malamud, Daniel c. Pérez, Daniel O., 21/12/1989, LA LEY 1991-C, 286; DJ 1991-2, 518).*

Es decir, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que aunque el uso sea contrario a la voluntad, no cesa la responsabilidad si ha sido posible por un acto culposo del dueño o guardián. En tal caso, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder. Por ello, para que el desplazamiento de la guarda o el uso en contra de la voluntad puedan resultar eximentes de



la responsabilidad del dueño o guardián deben haber sido inculpables.

El dueño o guardián debe probar que obró diligentemente para evitar el uso indiscriminado de la cosa.

Esta causal de exención debe interpretarse restrictivamente; de lo contrario, el régimen de responsabilidad establecido por la ley sería de fácil frustración en perjuicio de la víctima que sufre el daño. (cfr. RUGNA, Agustín, El uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián como causal de liberación de responsabilidad, LLGran Cuyo 2015 (junio), 465)

Sobre el punto, el autor cita lo siguiente:
"Mazzinghi, Jorge Adolfo (h.), "Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo", La Ley 1995-E, 205 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1125: "...una interpretación amplia de la excepción establecida en la parte final de la norma recordada equivaldría a favorecer la alegación de la propia torpeza del dueño o del guardián. (...) Es que sería absurdo que aquéllos a quienes la ley reputa responsables pudieran desligarse del deber de reparar a partir de un descuido en la guarda, o por el hecho de haber adoptado medidas de control ineficaces que facilitarían que la cosa fuera utilizada en contra de su voluntad. (...) Es que, en rigor, la excepción que consagra la parte final del art. 1113 del Cód. Civil sólo funciona en aquellos casos en los que la utilización de la cosa opuesta a la voluntad y a los designios de su dueño o guardián, aparece como inevitable para ellos. (...) Si, a pesar de los cuidados más diligentes, el propietario o el guardián resultan apartados del dominio o de la custodia de la cosa riesgosa, entonces sí es lógico eximirlos de la responsabilidad por los daños que ésta pudiera ocasionar mientras se hallaba en poder



del usurpador. Pero si la desposesión ocurrió por el descuido del dueño, o por los defectos en la organización de un adecuado control... el deber de reparar las consecuencias que se siguen de la intervención de la cosa riesgosa es en principio, ineludible"; Orgaz, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)", Op. Cit., pág. 209/210; Pizarro, Ramón D., en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Alberto J. Bueres dirección - Elena I. Highton coordinación", Tomo 3-A, Op. Cit., pág. 582/583; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Tomo III, Op. Cit., pág. 369: "...esta causal de exoneración sólo procede si no medió negligencia en la guarda por parte del o los civilmente responsables"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 21/12/1989, "Malamud, Daniel c. Pérez, Daniel O.", La Ley 1991-C, 286 - DJ 1991-2, 518; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 05/03/2010, "Medina, Jacinto Balbín c. D'Onofrio, Walter Alejandro y otro", DJ 26/05/2010, 1414: "Existe consenso en el sentido que el uso de la cosa "contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián", para que funcione como eximente de responsabilidad, debe ser interpretado restrictivamente. Así no cesa la responsabilidad cuando el dueño o guardián han posibilitado que se cometiera el delito, adoptando una conducta negligente, por ejemplo, **dejando las llaves puestas en un vehículo estacionado en la calle, o con las puertas abiertas o con el motor en marcha o también cuando se lo deja al alcance de un menor.** En estos supuestos, como en otros de características análogas, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder".

Al responder agravios, el Sr. Hoffmann insiste que el rodado había sido dejado al cuidado de los dueños del taller. Sin embargo, ninguna evidencia permite corroborar que,



en el momento que se produjo el hecho, ya hubiera operado ese traspaso de la guarda, máxime cuando en la misma demanda señala que su hijo estaba en lugar y se encontraba conversando con el personal del taller. En forma coincidente, Reyes (tapicero vecino del taller), afirmó que *"al dueño del vehículo no lo conoce, observó que andaba en el lugar y se lamentaba por lo sucedido"*. Tampoco los testigos que ofreciera (Sres. Sura y Soto), permiten despejar este aspecto, puesto que solo afirmaron que el día 22/11/06 el joven Francisco Hoffmann había llevado al taller un vehículo propiedad de su padre.

Por estas razones entiendo, que sin perjuicio de la responsabilidad de los padres de la niña ya fijada en la sentencia de grado, y a esta altura firme, no corresponde relevar totalmente la responsabilidad del codemandado Hoffmann, cuya conducta desaprensiva, coadyuvó a que el hecho lesivo sucediera. De este modo, juzgo que la responsabilidad por el evento dañoso, debe distribuirse en partes iguales entre los padres de la menor y el titular del rodado.

3.- Con respecto a los daños irrogados, concuerdo con la sentenciante en que no ha mediado prueba relativa a lesiones físicas incapacitantes y pérdida de chance (observo, además, que la recurrente no pone el foco en estos rubros).

Sin embargo, los propios accionados reconocen que el cartel golpeó a la Sra. Asmar. De las constancias de la causa penal y certificados agregados a la causa, surge que la actora sufrió politraumatismos, hematomas y escoriaciones en hombro derecho y brazo izquierdo, hematoma y edema en tobillo izquierdo (hojas 249, 257/259, 260, 376/380).

Al ser ello así, no encuentro razones para rechazar la reparación de los gastos médicos y farmacológicos y el daño



moral, como se resolviera en la anterior instancia, toda vez que las pruebas señaladas resultan suficientes para constatar las lesiones y su nexa causal con el accidente: el ingreso por guardia fue el mismo día del hecho (ver hoja 377), y el gabinete médico forense revisó a la actora 15 días después aproximadamente, señalando que las lesiones datan de esa fecha, e indicó que el mecanismo de producción es compatible con relato efectuado por la examinada.

Así estimo que, en función de las lesiones físicas acreditadas, corresponde hacer lugar a los gastos de farmacia y médicos reclamados.

Como la actora postula, no es exigible la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; es cierto que éstas pueden presumirse, una vez determinadas las lesiones sufridas.

Es que: *"Para la concesión de los rubros gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf. Cámara Nacional Civil, Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. , L. 61.092 del 22/2/91; íd. , L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto sabido es que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan"* (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/MARTINO Mario Rafael s/DAÑOS Y PERJUICIOS - N° Sent.:14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994, entre tantos otros. Ver en este sentido, Sala III, "Poblete" Sentencia de fecha 03/05/12; Sala II, "Rodríguez Carlos" sentencia de fecha 02/06/2011, entre tantas otras).



Por ello, propongo al Acuerdo que se admita este agravio y se haga lugar al rubro, el cual determino, de conformidad con las facultades que me confiere el art. 165 del Código de Rito, en la suma de **\$1.500,00**.

Luego, en punto al daño moral, es preciso señalar que, aunque en el caso de autos no se ha acreditado la existencia de secuelas permanentes, tampoco puede desconocerse que la actora sufrió traumatismos, los cuales presumiblemente le produjeron molestias y algunos dolores.

Es que "...el carácter leve de las lesiones sufridas o la ausencia a su respecto, de secuelas, de alteraciones orgánicas o funcionales y de incapacidad, no autoriza a descartar la presunción del daño moral. No es menester para su configuración gravedad o irreversibilidad de las lesiones o la presencia de secuelas incapacitantes o alteraciones orgánico-funcionales. Dichas derivaciones conducirán a dimensionar en proporción a su gravedad la medición de la afección, mas su ausencia no implica la del sufrimiento espiritual, típico del daño moral" (Cfr. Sala III, "Korol" 13/5/10, Reg. Protocolo Sentencias, Nro. 76, T II, Folio 373/385, con cita de CC002 SM 31124 RSD-352-92 S 19-5-92, Juez OCCHIUZZI (SD), Tejerina, Antonio y Ot. c/ Zypas, Alejandro s/ Daños y Perjuicios, MAG. VOTANTES: Occhiuzzi - Mares - Cabanas-LDT).

Ahora bien, tal como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de la tarifación del daño moral, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, a la armonización de 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 (cfr., entre otros Ps:2011-N°238- T° VI F°1167/1171- Sala II, 28/10/11).

En este contexto, el análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, 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 mismo, 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).



En el caso, teniendo en cuenta las lesiones que padeció la accionante, tomando en consideración asimismo el período de inutilidad para tareas habituales que surge del informe médico (hoja 259), y las indemnizaciones otorgadas en otros supuestos resueltos por esta Cámara, entiendo que corresponde reconocer por este rubro la suma de **\$8.000,00**.

A las sumas antedichas, se adicionará intereses que se calcularán a la tasa promedio activa-pasiva del BPN desde la fecha del evento dañoso (22/11/06) hasta el 31 de diciembre de 2007, y de allí en más y hasta su efectivo pago, a la tasa activa de ese Banco.

4.- En cuanto a las costas, tiene dicho esta Sala que: "La regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que las costas deben imponerse de conformidad al resultado obtenido por los litigantes con relación a las pretensiones deducidas en la causa: la parte vencida es condenada al pago de todas las costas generadas por el juicio, a menos que el Juez encuentre mérito para eximirla total o parcialmente; en este caso, deberá brindar los fundamentos suficientes para sustentar esa decisión, bajo pena de nulidad."

"El principio objetivo de la derrota, entonces, determina la condena en costas en el proceso civil."

"Ahora bien, si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable a ambas partes, es decir, si hubiese éxitos y fracasos recíprocos, de conformidad a las pautas brindadas por el artículo 71 del Código Procesal, las costas deberán imponerse prudencialmente a cada una de ellas, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas" (Expte. N° 360875/7).



En tal virtud, atendiendo al rechazo parcial de los rubros reclamados, opino que las costas de la primer instancia se deben imponer en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados.

Con respecto a la defensa de exclusión de cobertura alegada por la citada en garantía, entiendo que debe ser rechazada.

La aseguradora no acompañó la póliza de donde surgirían las condiciones de la cobertura, ni ninguna otra constancia, y tampoco produjo la prueba pericial contable que ofreció a tales efectos.

De forma tal que no surgen elementos suficientes que permitan hacer lugar a lo solicitado, máxime frente a la oposición de fs. 196.

En resumidas cuentas, propongo al Acuerdo: Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada, condenando en forma concurrente a Verónica Elsa Noemí SOTO y Daniel Gustavo PERALTA (50%) y Daniel HOFFMANN (50%), a abonar a la actora la suma de \$9.500,00 con más los intereses respectivos. A la aseguradora de este último -HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A.- también se la condena en la medida del seguro. Las costas de grado se establecen en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados, mientras que las de Alzada se fijan a los demandados vencidos (arts. 68 y 71 del CPCC). **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 ello esta **Sala I,**



RESUELVE:

1. Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada, condenando en forma concurrente a Verónica Elsa Noemí SOTO y Daniel Gustavo PERALTA (50%) y Daniel HOFFMANN (50%), a abonar a la actora la suma de PESOS NUEVE MIL QUINIENTOS (\$ 9.500) con más los intereses que surgen de los considerandos. A la aseguradora de este último -HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A.- también se la condena en la medida del seguro.

2. Imponer las costas de grado en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados, y las de Alzada a los demandados vencidos (arts. 68 y 71 del CPCC).

3. Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado, las que deberán readecuarse a lo aquí decidido una vez que se cuente con pautas para ello (conf. art. 20, LA)

4. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE-Jueza

Dr. Jorge D. PASCARELLI-Juez

Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA