REGISTRADA BAJO EL Nº 34-S Fº 158/63

Expediente nº 168.239– Juzgado nº14

En la ciudad de Mar del Plata a los 27 días del mes de Febrero del año dos mil veinte, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"DRESSE, Eliana Lorena y Otras c. JARA, Américo Daniel y Otra s. Daños y perjuicios".** Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto Loustaunau y Ricardo Domingo Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES**

1. ¿Es justa la sentencia apelada?

2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:**

**I:** En la sentencia que obra a fs. 792/819, el Sr. juez de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por Eliana Lorena Dresse, Morena Daniela Gómez Dresse y Beatriz Inés Casotti contra Américo Daniel Jara, Marcela Soledad Gauna, y Federación Patronal Cia. de seguros S.A. (art.18 LS), y condenó a los demandados a pagar a las dos primeras actoras la suma de pesos un millón seiscientos sesenta y nueve mil cuarenta y uno con nueve centavos ($ 1.669.041,09)con más intereses y costas, y a pagar a Beatriz Casotti doscientos mil pesos ($ 200.000) con más intereses y costas.

Para decidir de tal modo, el Sr. Juez estimó que la causa de la muerte de la víctima se produjo por la caída de la moto que - sin el casco protector reglamentario - le produjo lesiones en el cráneo, descartando la presencia de elementos que permitan sostener que el daño tuvo su origen en que el camión pudiera haber "aplastado" la cabeza de la víctima.

En razón de ello, el Sr. juez consideró que la omisión de portar el casco constituyó una concausa adecuada del daño sufrido y redujo proporcionalmente la reparación al 50% que atribuyó a los demandados.

**II**: Apelaron las partes, y los recursos que les fueron con-cedidos libremente han sido fundados y respondidos.

**II.1**: El único agravio de las partes demandada y citada en garantía se refiere a la atribución de responsabilidad en un 50%

Sostiene el apelante que el camión circulaba por el carril derecho de la avenida, y que la motocicleta lo hacía por el "carril de estacionamiento", que conforme la pericia mecánica la moto fue quien embistió al intentar una maniobra de sobrepaso por la parte izquierda, y que ello demuestra que el siniestro fue causado por la exclusiva culpa de la víctima.

Pide que se atribuya el 100% de la responsabilidad a la conducta de la víctima.

**II.2**: La parte actora presentó dos agravios:

**a**) El primer de ellos dirigido a criticar la distribución de la autoría al 50%, sostiene que el Sr. juez ha hecho una incorrecta valoración de la prueba, al considerar solo una parte del informe de la autopsia, pues la víctima también presentaba "… un grave traumatismo de tórax, una fractura de húmero izquierdo, y un trauma de cráneo, fractura estallido de cráneo y rostro con hundimiento de región frontoparietal del lado derecho".

Explica también que el aplastamiento se encuentra acreditado en la causa penal, en la acusación fiscal, en el informe del perito Oliveros Melgarejo, y en la pericia accidentológica del teniente Figueroa. Argumenta que el hundimiento y deformación del rostro de la víctima se produjo por aplastamiento, pues con una "simple caída" no hubiera ocurrido, que el camión Ford pesa 23.000 ks y que el casco nunca hubiera soportado ese peso, remitiendo a la pericia médica de Oliveros Melgarejo, y al testimonio de Brizzolara.

Critica la interpretación del testimonio que brindó María Alejandra Sola, pues ella misma reconoce que no vio el accidente y que salió de la farmacia al escuchar un fuerte ruido, y concluye que Gómez no intentó pasar el camión, Jara nunca advirtió la maniobra y encerró a la moto, le provocó la caída al suelo y lo aplastó con el camión, hundiéndole la cara, el tórax, el rostro y el cráneo que estalló por el peso del camión y que un casco no hubiera resistido.

**b**) Se agravia del monto del daño moral fijado para la reparación del daño moral de la madre de la víctima, Sra. Casotti en la suma de $ 400.000 (de los cuales condenó a indemnizar el 50%), que entiende desajustada a la realidad económica actual.

Considera que luego de 5 años y dos meses de pleito el Sr. Juez no avaluó al momento de la sentencia, sino que hizo lugar al 80% de la suma reclamada a valores históricos, pues nada indica que haya tenido en cuenta que entre el hecho dañoso y la decisión apelada el salario mínimo aumento un 350% , o el dólar un 750%, mientras que la inflación acumulada entre 2014 y hasta 2018 superó el 230%.

Con esas consideraciones el monto resultaría entre 1.687.500 y 4.250.000. Además de ello, le ha asignado una tasa del 6% desde el momento del hecho hasta la sentencia como si se tratara en realidad de un monto reajustado a la fecha de la decisión. Transcribe jurisprudencia y doctrina sobre el rechazo por las indemnizaciones en sumas menguadas y pide que se fije a valores actuales con más la tasa pasiva más alta conforme la doctrina legal sentada en "Cabrera c. Ferrari" de la SCBA.

**III**: En cuanto a la atribución de la autoría y responsabilidad considero que le asiste razón a la parte actora.

**a**) De las dos hipótesis aquí debatidas acerca del modo en que el hecho pudo haber ocurrido, luce más probable - a mi juicio- aquella que indica que la víctima fue aplastada por las ruedas del camión.

En tal sentido debe necesariamente apreciarse la declaración del testigo Brizzolara en la causa penal (fs.114) en cuanto dice: *"vi que dobló un camión y se movió, el camión iba por Independencia y dobló hacia la derecha por Mathew, **cuando dobló se movió como que pisó algo**, lo primero que se vio era como un paquete pero cuando me acerqué no era un paquete sino el muchacho de la moto…"* (el resaltado no es original).

La pericia de accidentología realizada a fs.111/112 de la misma causa, cuando describe la mecánica del hecho (punto 10 fs.112 vta) señala que el camión "…colisiona con la moto" "…provocando la caída de su conductor y posterior **aplastamiento** y arrastre del motovehículo".

Las conclusiones de la autopsia (fs.73) indican que la víctima sufrió un accidente de tránsito en el que fue "**arrollado por un camión** cuando circulaba con su moto que le produce el estallido del cráneo y la hemorragia intracraneana.

En la misma autopsia se describe el estado del cadáver señalando que "*presenta trauma de cráneo, fractura estallido de cráneo y rostro*", y por la apreciación de las fotos se podría concluir (con alguna duda) que el rostro de la víctima está "hundido" (ver fotografía superior izquierda a fojas 72) como lo señala la actora, además de las graves lesiones de tórax y húmero que allí se describen, todo lo cual resulta compatible con que haya sido "arrollado" por el camión, vocablo que bien cabe entender como indicativo de que el camión pasó por encima de su cuerpo.

La misma expresión utiliza el Sr. Perito ingeniero mecánico a fs.565 vta. en cuanto dice que "**El motociclista debió ser arrollado por las ruedas traseras duales derechas del camión**, que por efecto del giro hacia la derecha del camión, describen un radio menor acercándose al cordón".

Tal es la forma en que la Sra. Fiscal asume que el hecho sucedió al formular la requisitoria de citación a juicio a fs.152 de la causa penal, y en especial al describir la mecánica del hecho en cuanto dice que el camión colisiona con la moto "provocando así la caída del conductor, **posterior aplastamiento** y arrastre del motovehículo".

También parece ser la misma mecánica que le asigna al hecho el Sr. Perito médico Dr. Oliveros Melgarejo -**y lo hace luego de revisar la autopsia y las fotografías en ella incluidas**- en cuanto señala a fs.506 que como consecuencia del accidente de tránsito la víctima "**sufre traumatismo de cráneo por aplastamiento** que le produjo la muerte instantánea".

De lo que no encuentro elementos de prueba en este proceso, es de que el estallido de cráneo se haya producido por el golpe de la cabeza contra el suelo.

La "caída al asfalto", que el Sr. Juez ha seleccionado como hipótesis de la causa de la muerte, fue - necesariamente- previa al aplastamiento sobre ese mismo asfalto, y en el ámbito casi conjetural en el que optó por esa alternativa, implica pronunciarse por la posibilidad que aparece como más dudosa, que hasta puede ser insuficiente por sí sola, y resulta débil frente a una opción con potencialidad dañosa indiscutible, que se verifica en las opiniones de los expertos conforme la cual la mayor probabilidad causal respecto a la muerte, ha sido lo que ellos y el testigo describen como el "aplastamiento" del cuerpo de Gómez al haber sido "arrollado", o "pisado".

**b**) Si la víctima murió aplastada por las ruedas del camión, como todo parece indicar, no es posible presumir la influencia determinante de la falta de casco del mismo modo en que se ha hecho en la sentencia apelada.

Dicho de otro modo, en la hipótesis aquí elegida para la mecánica del hecho – la muerte por aplastamiento - es la parte demandada quien debió probar que si la víctima hubiera portado el casco protector el daño hubiera sido distinto o directamente no se habría producido, obteniendo así la eximición parcial o total de responsabilidad.

Cuando la responsabilidad está fundada en un factor objetivo de atribución, se presume la autoría del dueño o guardián de la cosa riesgosa, siempre y cuando se haya demostrado la intervención activa de la cosa riesgosa (Zavala de González, Matilde "El proceso de daños" tº3, p.211). A la parte actora le bastará probar que el contacto con la cosa riesgosa fue la causa del daño, lo que normalmente sucede con la prueba del hecho mismo (Zavala de González ob.cit.p.208), y es en consecuencia la parte demandada quien debió probar la ruptura del nexo adecuado de causalidad (esta Sala II causas nº 168.469;162.162; entre muchas otras).

Además, **la prueba de los eximentes debe ser inequívoca**" (Zavala de González, Matilde "El Proceso de daños" en la colección "Resarcimiento de daños" tº 3 p.213, Hammurabi, Bs.As.1993), en tanto y "acorde con una orientación jurisprudencial aquiescente, cuando la ley invierte el onus probandi de la relación causal y el demandado debe acreditar la intervención de una causa ajena**, la apreciación de la prueba sobre esta eximente debe ser severa: se requiere certeza de que el daño no obedece a la causa aparente que se imputa a dicho sujeto…"** (autora y obra citadas p.214; esta Sala II causa nº 138.041,152.339 entre otras).

En igual sentido puede verse la opinión de Pizarro ("Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa" edit.La Ley tº 1 p. 276, Bs.As. 2006) quien sostiene que la prueba del hecho del tercero **debe ser valorada en forma estricta**, y la **SCBA** en su acuerdo del 14.10.86 nº 33.743, DJBA 132-229, al decir que "**los impedimentos de responsabilidad, deben ser apreciados restrictivamente**, por la finalidad social típica de la norma, que ha creado factores de atribución que deben cesar solo en casos excepcionales, sin conferirles desmedida extensión".

Frente a la insuficiencia de la prueba acabada de una ruptura causal que opere como eximente, la concepción objetiva muestra su verdadera trascendencia jurídica, ya que la carga de la prueba de la culpa de la víctima pesa sobre quien la invoca, y ante su ausencia, la regla de derecho indica cómo debe fallar el Juez (esta Sala II causas nº 138.041 y 152.339, CN Civil Sala E 5.7.2012 JA nº 12- del 19.12.2012 p.88).

**c**) En tal sentido corresponde computar los puntos de pericia médica ofrecidos por la parte demandada y citada en garantía en cuanto solicitan al Sr. Perito médico que se expida acerca de si las lesiones hubieran sido evitables mediante el uso del casco o si Gómez, de portar casco, hubiese salvado su vida (fs.506 vta.), lo que es respondido señalando que dependerá de la resistencia de los materiales con que está confeccionado el casco, incumbencia que resulta propia de un ingeniero.

De haberse dirigido al perito ingeniero esa pregunta, podríamos saber si el casco reglamentario soporta o no el peso de un camión, y en su caso admitir o rechazar la eximente.

Al no haberse producido la prueba que acredite que la protección del casco opera total o parcialmente aunque un camión pase por encima, no se ha probado que la infracción de la víctima provoque la ruptura de la relación causal, y en consecuencia corresponde rechazar el recurso de la demandada y la citada en garantía, y hacer lugar al de la actora modificando la sentencia y atribuyendo íntegramente la autoría y responsabilidad del daño a la parte demandada.

**IV**: También debe admitirse, aunque parcialmente, el agravio relativo al monto de la indemnización otorgada a la madre de la víctima.

**a**) En la causa nº165.539 "Agüero, Marta c. Transportes 25 de Mayo s. daños y perjuicios", y sobre la estimación de las indemnizaciones de daños a valores ajustados al momento de la sentencia, el Dr. Monterisi explicó que " *el daño debe ser cuantificado a la fecha de la sentencia" pues "los reclamos resarcitorios versan sobre deudas de valor, por lo que aquella estimación jurisprudencial -realizada en un momento posterior al hecho dañoso- no implica actualizar o repotenciar obligaciones pecuniarias sino determinar el contenido monetario de una cierta utilidad o valor que es objeto de controversia* (Trigo Represas, F.A. - Cazeaux, Pedro N., "Derecho de las obligaciones. 3ra ed." La Plata, 1996, t. V, pág. 964 y sus cit.; Cám.Civ.Com. de Azul, Sala Primera, autos "Iglesias, Graciela M., Telleria, V.A. y Telleria, B. D. c/ Márquez, Alfredo A. s/ Daños y perjuicios", causa 1-57741-13, del 07/11/2013, Cám. Ap. de Trelew, sala A, "Morra, A. M. y otro c. Enríquez, C. y otro", del 27/05/2009, en voto del Dr. López Mesa, La Ley Online, AR/JUR/76491/2009, entre muchos otros).

Las mismas referencias del salario mínimo y la cotización del dólar estadounidense que presenta en su agravio el apelante, fueron tomadas en cuenta en aquella oportunidad por

este Tribunal para revisar si había alguna incongruencia en el cálculo a valores actuales del crédito originalmente reclamado.

"*Esta modalidad de cuantificación, en principio, no genera problemas de congruencia en la medida en que no se busca dar más de lo pedido sino encontrar el valor actual del crédito originalmente reclamado y sometido a controversia (art. 34.4. y 163.6 del CPCCBA). Solo podría advertirse un supuesto de resolución ultra petita en el caso en el que -mediando una coyuntura inflacionaria ínterin tramita el pleito- el crédito cuantificado mediante este mecanismo no solo arroje una suma nominalmente mayor a la peticionada en la demanda sino que sea también superior desde el punto de vista de su poder adquisitivo. Es decir, cuando el valor del crédito que el magistrado reconoce como indemnización sea mayor en términos reales (considerando su poder adquisitivo actual) y no solo en términos meramente nominales (considerando únicamente la cantidad de unidades monetarias implicadas)*".

En este caso, la demanda fue promovida el día 11 de junio de 2014, cuando el salario mínimo vital y móvil era de $ 3.600, mientras que a la fecha de la sentencia (5 de abril de 2019) era de $ 12.500. El dólar cotizaba a $ 8,09 el 11 de junio de 2014, y a la fecha de la sentencia se cambiaba a $ 43. Conforme esta referencia (parcial y limitada) para mantener las "satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (arg.art.1741 CCyC) como indemnización del daño moral sufrido por la madre ante la muerte violenta de un hijo, resultaría necesario interpretar que la damnificada indirecta ha reclamado en su demanda una suma superior a un millón setecientos mil pesos ($ 1.700.000) a valores al momento de la sentencia apelada.

"*Fácil es advertir – explicaba el Dr. Monterisi - que el juez, en términos reales y no meramente nominales, reconoció un crédito mucho más bajo a aquél que fuera peticionado en la demanda y sobre el cual la aseguradora tuvo oportunidad de defenderse…La inflación que aqueja a nuestra economía desde hace muchos años no solo dificulta la tarea de cuantificar rubros indemnizatorios sino que además distorsiona nuestras percepciones sobre el contenido económico real de los créditos que son objeto de reclamo y debate*" (causa citada).

**b**) Al tiempo de los hechos que causaron el daño cuya reparación se ha reclamado, estaba vigente el Código Civil (ley 340), actualmente sustituido por el Código Civil y Comercial (ley 26.994).

Corresponde tener presente que en materia de daños, el Código Civil y Comercial no ha hecho más que incluir en sus normas las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales ya consolidadas durante la vigencia del Código anterior, por lo que no se presentan inconvenientes respecto a la aplicación de la ley en el tiempo, menos aun cuando a la hora de cuantificar el daño, pueden utilizarse las pautas que brindan los arts. 1740 y 1741 del CCCN, porque como indica Aída Kemelmajer de Carlucci, la existencia del daño se rige por la ley vigente al momento del hecho, pero el modo de liquidarlo puede estar regido por la ley vigente al momento de la cuantificación ("La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pág. 261; CCCAzul, Sala II, exped. n°2-60896-2015, "Soudrelle María José c. Ferraro Jáuregui Luciano Francisco y otro s. Daños y perjuicios", sent. del 14-6-2016; CNCiv. Sala A, "D. V. A. C. c. A. A. M. J. A. y otros s. Daños y perjuicios", sent. del 14-6-2017, en RCyS-2017-IX-152, cita on line AR/JUR/38915/2017, considerando II del voto del Dr. Picasso).

Para avaluar el daño moral debe tenerse en cuenta, además de la finalidad del art.1741 in fine ya mencionado, que "la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento" y que "ante perjuicios no patrimoniales de similar entidad corresponden indemnizaciones parecidas..." (Matilde Zavala de González RCyS 2013-XI portada; CSJN Santa Coloma, Luis F. c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos:308:1160 y JA 1986-IV-625).

"Como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva" (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños" editorial Hammurabbi tº 5 A "¿Cuánto por daño moral? Página 106 y siguientes), en tanto "los daños morales son perceptibles por el Juez", pues "el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación" (obra citada en el párrafo anterior p. 107).

Poniéndome en el lugar de la actora, y tomando en cuenta los fundamentos utilizados en la sentencia apelada entiendo que el monto admitido resulta insuficiente, pues ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puede procurarse mediante la indemnización, la suma debe elevarse a pesos un millón $ 1.000.000 (arts.1078 Cód.Civil, arg.art.1741 Código Civil y Comercial,).

**b**) Habiéndose ajustado la suma a valores correspondientes a la fecha de la sentencia apelada, la tasa de interés aplicable es la tasa pura del 6% desde el momento del hecho hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, y a partir de allí y hasta el efectivo pago, conforme la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

La doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires vigente desde comienzos de 2018, es la recaída en las en causas "Vera, Juan c. Provincia de Buenos Aires" nº 120.536 del 18.4.2018 y "Nidera SA c. Provincia de Buenos Aires", n°121.134, del 3.5.2018. Allí se dijo que "cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, …, en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito", para luego establecer la alícuota en el 6% anual.

Si se toman en cuenta valores actuales para el cálculo de la indemnización, no puede adicionarse otra tasa que contenga en su expresión la denominada "escoria inflacionaria" ya que implicaría otro ajuste más por la misma causa, generando un enriquecimiento indebido.

Es que la adopción de los valores más cercanos a la sentencia atiende al carácter de "deuda de valor" de la reparación del daño, y como tal consiste en cantidades determinables a ese momento o al más inmediato anterior, pero también la tasa de interés "nominal"… "contiene una fuerte previsión por depreciación de la moneda" (Villegas y Schujman "Intereses y Tasas" Abeledo-Perrot Bs.As.1991 p. 103) con lo que la incidencia del mayor valor se incorporaría dos veces.

Dicho de otro modo: la aplicación simultánea a un mismo crédito del valor "actual" (por el más cercano a la sentencia) del capital y el accesorio a una tasa "nominal", en palabras de la mayoría de la SCBA, "conduce a un resultado desproporcionado, que sobrestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial" (considerando II.3.e.i.i.i causa "Vera").

De allí que la Corte Provincial haya decidido aplicar la tasa pura hasta "el momento tenido en cuenta para la determinación de la deuda", pues de aplicarse una tasa nominal - "incidida por la inflación" (Alterini, A.A. "La tasa de interés en la recomposición de la deuda dineraria" en Temas de responsabilidad civil edit. Ciudad Argentina, Bs.As.1995, p.143) - se estaría computando el valor "actual" y también esa previsión que toma en cuenta el mayor valor de los bienes frente al signo monetario.

Por ello, corresponde hacer lugar parcialmente al segundo de los agravios de la actora, elevando la suma destinada a la reparación del daño moral sufrido por la co-actora Beatriz Casotti a la suma de pesos un millón ($ 1.000.000) y rechazándolo en lo que hace a la tasa de interés aplicable.

**ASI LO VOTO**

**El Sr. Juez Dr. Ricardo Domingo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.**

**A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:**

Corresponde: **I**. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia modificar la sentencia del siguiente modo: **a**) atribuyendo el 100% de la autoría y responsabilidad a la demandada, haciendo lugar así íntegramente a la demanda; **b**) elevando la condena para reparar el daño moral de la co-actora Beatríz Casotti a la suma de pesos un millón ($ 1.000.000). **II**: Propongo que las costas en ambas instancias se impongan a la demandada y citada en garantía vencidas (art. 68del CPC) y que se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 de la ley 14.967.

**ASI LO VOTO**

**El Sr. Juez Dr. Ricardo Domingo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.**

**SENTENCIA**

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y se modifica la sentencia atribuyendo el 100% de la autoría y responsabilidad a la demandada, haciendo lugar así íntegramente a la demanda y elevando la condena para reparar el daño moral de la co-actora Beatríz Casotti a la suma de pesos un millón ($ 1.000.000). **II**: Las costas en ambas instancias se imponen a la demandada y citada en garantía vencidas (art. 68del CPC), y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 de la ley 14.967. Notifíquese personalmente o por cédula (art.135 del CPC). Devuélvase.

**Roberto Loustaunau Ricardo D. Monterisi**

**Alexis A. Ferrairone**

**Secretario**