

Datos del Expediente

Carátula: JABLONSKI NANCY NOEMI C/ ALVAREZ CANDIDO OSCAR Y OTRO/A S/DADOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)

Fecha inicio: 30/05/2019

N° de

Receptoría: MP - 7734 - 2012

N° de

Expediente: 167993

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.
Origen

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 1439

Sentencia - Nro. de Registro: 269

22/10/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRADA BAJO EL N° 269-S F° 1439/42

Expediente n° 167.993- Juzgado n°10

En la ciudad de Mar del Plata a los 22 días del mes de Octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**JABLONZKI, Nancy Noemí c. ALVAREZ, Cándido Oscar y otro 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 D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Corresponde declarar desierto el recurso concedido a fs. 381?
- 2) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 3) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

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

I: En la sentencia que obra a fs. 370/78, la Sra. Jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por Nancy Noemí Jablonsky contra Cándido Oscar Alvarez y condenó a este último, juntamente con Paraná S.A. en la medida del seguro, a pagar a la actora la suma de pesos ochocientos sesenta y cinco mil veintitrés (\$ 865.023), con más intereses y costas.

Apelaron las partes. La demandada y la citada en garantía lo hicieron mediante escrito electrónico del 19.03.19, y la parte actora lo hizo a fs. 380. Los recursos fueron concedidos a fs. 379 y 381.

A fs. 390 se dejó constancia que la actora no se presentó al Tribunal a expresar agravios, y se le dio por perdido el derecho que dejó de usar.

Por ello y lo dispuesto por el art. 261 corresponde declarar desierto el recurso de apelación concedido a fs. 381 con costas a la actora.

Por las razones y citas legales expuestas, a la primera cuestión voto por la **AFIRMATIVA**.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en el mismo sentido y por los mismos fundamentos.

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

II: Los agravios expresados por la demandada y la citada en garantía, pueden resumirse del siguiente modo

a) Entiende que la sentencia ha violado el postulado de la congruencia en la medida en que ha admitido la indemnización de un daño no reclamado en la demanda, y se ha fundado en un hecho distinto al descripto en el escrito inicial.

Sobre este último aspecto, el apelante se remite a los hechos relatados a fs. 29 y 30 en los cuales se señala que el accionado circulaba por la misma avenida, pero en dirección contraria, y que su sorpresivo e ilícito giro a la izquierda determinó que embistiera a la actora y su hijo que la acompañaba a bordo de una moto.

Advierte que la Sra. Jueza reconoció la discordancia entre ese relato y los antecedentes obrantes en la IPP anexa, y al evaluar ambas hipótesis concluyó que – en cualquier caso- habría responsabilidad de la demandada.

Crítica esta decisión sosteniendo que el Juez debe remitirse a los hechos conforme la pretensión y confrontarlos con la prueba producida. Entiende que el hecho no está probado, pues no se ha acreditado la maniobra intempestiva en el supuesto giro.

b) Si bien opina que esa crítica sería suficiente para revocar la sentencia y rechazar la demanda, reprocha también que al tratar el reclamo por incapacidad o daño físico, la Sra. Jueza evaluó una pérdida de chance que nunca fue demandada y sobre la base del salario del personal doméstico, con fundamento en los dichos de un testigo que declaró en el beneficio de litigar sin gastos.

Señala asimismo que en ninguna parte de la demanda, la actora indicó que trabajara como personal de servicio doméstico, o en otra actividad u oficio, y que las declaraciones de la testigo Cortez (que el apelante ubica como pariente de la ex suegra de la actora) se contradicen con las constancias de las actuaciones penales respecto de la fecha de su recuperación.

Destaca también la coincidencia de los vaticinios periciales en torno al plazo de recuperación que entiende definitiva.

Pide que se deje sin efecto la “cuantiosa condena” por este rubro.

c) La condena por daño moral es también impugnada, en tanto la sentencia remite a las consideraciones respecto al daño físico realizadas al tratar la criticada pérdida de chance. Advierte que la sentencia no contiene la descripción de cuáles han sido los padecimientos o angustias que busca indemnizar. En razón de que considera que la actora se recuperó total y definitivamente de sus dolencias, pide que se reduzca el monto.

Finalmente considera que hay orfandad total respecto a la prueba del daño a la moto que conducía la actora. No hay fotos de la moto, y las agregadas no corresponden al lugar del hecho, no se sabe cuáles son las partes dañadas, ni cuál era el estado de la moto previo al hecho.

Por ello, pide al final de su recurso “el rechazo de la demanda en todos sus rubros” con costas a la actora, o la reducción de los montos de condena.

III: El recurso no progresa.

a) Respecto a la contradicción entre el relato de los hechos realizado por el actor y las constancias de la IPP, y la acusación de incongruencia, considero que la crítica no es acertada.

La prueba del hecho, y su carga, no necesariamente coincide con la referida a las circunstancias del hecho.

La ocurrencia misma del hecho lesivo se encuentra probada por las actuaciones llevadas a cabo en la causa penal agregada por cuerda, pues conforme ha dejado allí asentado el oficial público, un accidente sucedió el día 4 de julio de 2011 cerca de las 17.00 hs. en la esquina de Fortunato de la Plaza y Monseñor Rau, entre la camioneta Chevrolet del demandado Alvarez y el moto vehículo conducido por la actora (parte policial y actuaciones a partir de fs.1).

Explicaba Matilde Zavala de González (“Resarcimiento de daños” tº 3 “El proceso de daños”, Hammurabi, Bs.As.1993, p.156) que sobre el actor pesa la prueba genérica sobre el hecho lesivo, y que demostrado éste - en un caso regido por el art.1113 2do.parte 2do.párrafo del CC (ley 340)- la carga de la prueba se traslada al demandado quien deberá acreditar la causa ajena.

Distinto sería el caso – decía la jurista cordobesa- en que el demandado aporte su propia versión de los hechos, pues en tal caso el debate y la prueba quedaría circunscripto a esas diferencias sobre las circunstancias.

Pero en este expediente el demandado se ha limitado a negar los hechos relatados por la actora (ver fs. 68 y 69), privándonos de conocer su versión de las circunstancias que rodearon el hecho lesivo.

Cuando – como en este expediente - el hecho dañoso ha sido acreditado mediante las actuaciones policiales que siguieron inmediatamente al accidente, y el factor de atribución es objetivo, es el demandado quien debe aportar la invocación y prueba de las circunstancias que lo eximan de responsabilidad.

En ninguna parte de su respuesta, el demandado o la citada en garantía invocaron, y menos aún intentaron probar, la causa ajena, por lo que juzgo correcta la salvedad que hace la Sra. Jueza en su sentencia: cualquiera haya sido la circunstancia (venía por la misma avenida o por una calle lateral) el accionado es responsable porque fue demandado en base a la responsabilidad objetiva y no invocó, ni probó, eximente alguna (art. 375 del CPCC).

Es que en este caso, y tal como fue planteada y respondida la demanda, el error o la contradicción en las circunstancias del hecho no resultan relevantes, pues la ley le exige al sindicato como responsable una postura activa para demostrar el desvío o la ruptura causal.

b) Tampoco coincido con el recurrente respecto a la acusada incongruencia en torno al daño calificado por la Sra. Jueza como “pérdida de chance”, pues la Sra. Jueza puede y debe calificar legalmente el daño aunque se lo haya invocado con otra denominación (esta Sala II, exped. n° 137.408, “Tórtora Mauricio y ot. c. Mc Cain Argentina SA s. Daños y perjuicios”, sent. del 2.7.2009, R 50-S F°3006/3026; n°154.768, “Andino María Laura c. Piserchia Juan Pablo s. Daños y perjuicios”, sent. del 19.12.2013, R 327-S F°1450/6; n° 158.384, “Amadeo N. y otros c. De la Piedra Hernando Oscar y otro s. Daños y perjuicios”, sent. del 22.10.2015, R 278-S F°1300/6; n°162.612, “Sosa Ana Pascuala c. Rivas Héctor José y otros s. Daños y perjuicios”, sent. del 18.5.2017, R 113-S F°582/6; entre otras).

La parte actora reclamó en forma escueta la indemnización de la incapacidad que le quedó luego del accidente, describiendo las lesiones, y sujetando el monto reclamado al porcentaje de incapacidad que surgiera de las pericias (fs. 32 vta.).

El reclamo formulado de ese modo puede comprender varias posibles consecuencias de la lesión generada: **i.** el lucro cesante actual entendido como la ganancia frustrada durante la etapa terapéutica y hasta el restablecimiento; **ii.** La incapacidad temporal evaluada como las secuelas solo corregibles luego de un plazo que excede esa etapa terapéutica; **iii.** La incapacidad definitiva en las consecuencias no subsanables en modo alguno, entre las que puede contarse tanto el lucro cesante (actual y futuro), como la disminución de las aptitudes psíquicas o físicas que frustren las posibilidades de desenvolvimiento en el ámbito productivo o en el social, deportivo, doméstico o cultural (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños” Hammurabi, Bs.As.2005 p.231 y sig; Fallos: 316:1949,”CSJN Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART).

Es cierto que el actor no encuadró el daño con suficiente precisión, pero tampoco le fue opuesta una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por lo que entiendo que la calificación hecha por el Juez dentro de sus facultades no puede sorprender al apelante, toda vez que fue reclamado – bien que genéricamente - como perjuicio derivado de la incapacidad, la disminución de aptitudes se probó, y la consecuencia surge de prueba regularmente rendida en el proceso y de la correcta aplicación de derecho (art. 163 incs. 5 y 6 del CPCC).

Incluso la selección de los dichos de una testigo que declara ante la Actuaría en el beneficio de litigar sin gastos, ha sido incorporada legítimamente al proceso, y no se advierte motivo alguno para prescindir de esa prueba adquirida.

Además, y habiendo ratificado la procedencia del rubro, la ausencia de la referencia a los ingresos de la damnificada solo podría perjudicar al apelante, ya que cuando no hay indicación o prueba relativa a su monto o actividad, se recurre al salario mínimo, vital y móvil entendiendo que se trata de

la menor remuneración que asegure al trabajador su alimentación, vivienda, vestuario, educación, y asistencia, y el computado en la sentencia (§ 10.781,50 al 12.3.19) es menor al mínimo, vital y móvil de la misma época (§ 12.500).

c) La pericia del médico traumatólogo obrante a fs. 350 reconoce a la actora una incapacidad parcial y permanente del 29% derivada del accidente de autos. Aclara que se trata de incapacidad laborativa, porque las cicatrices producen – además - daño estético (fs.353 vta.punto 8).

Frente al dictamen pericial no cuestionado, que establece una incapacidad parcial y **permanente**, las referencias a la atestación hecha por la instructora judicial a fs. 40 en torno a un diálogo que habría mantenido por teléfono con la suegra de la actora, no tienen fuerza para modificar la pericia y resultan irrelevantes.

Se ha dejado constancia a fs. 40 de la causa anexa - sin siquiera identificar por nombre y apellido a la interlocutora - que la suegra de Nancy Jablonsky y abuela de Ezequiel Moreira, informó a la instructora que no tiene trato con su nuera desde hace varios meses. *“Que su hijo falleció y su nuera que vivía con ella en su casa, luego del accidente y de que ella la cuidara hasta su total recuperación, se retiró de su hogar llevándose a su nieto a quien tampoco vio más. Que sabe que formó pareja, pero desconoce donde vive ni su número de teléfono”.*

El uso casi costumbrista del binomio *“total recuperación”* no luce suficiente para considerar que ha quedado superada la incapacidad **permanente** dictaminada por el Sr. Perito Médico, mucho menos aun si cabe, cuando esas palabras son atribuidas a la suegra de la actora cuya idoneidad para contradecir aquel diagnóstico médico desconocemos por entero, a la par que no sabemos ni cómo se llama.

Además, resulta curioso que en el errado entendimiento de que favorece a la actora se pretenda desacreditar el testimonio de la Sra. Cortez, aduciendo que es pariente de la suegra de Jablonsky, pero que la referencia a los dichos directos de esa misma suegra - a quien solo se identifica por su parentesco- se invoquen decididamente contra la pericia médica en la medida en que desfavorecen a la misma accionante.

Por otra parte el alta definitiva, como es sabido no implica más que la superación de la etapa terapéutica luego de la cual lo que queda es la incapacidad, que en el caso -reitero - es parcial y permanente.

d) Los fundamentos del agravio respecto al daño moral muestra que hay un error. En ninguna parte de la sentencia se lo relaciona con la pérdida de chance sufrida o su monto. La Sra. Jueza describió y evaluó los padecimientos propios del accidente y sus consecuencias para fijar un monto que luce –luego de tanto tiempo- manifiestamente escaso.

e) Los daños causados a la moto en el accidente surgen de la causa anexa, del acta de relevamiento policial obrante a fs. 29 en donde se describen y detallan con auxilio de un perito policial que firma al pie. Además, esa descripción del oficial de policía es compatible con las fotos agregadas a fs. 915 y el presupuesto y su autenticación de fs.137/8.

Por las razones y citas legales expuestas a la segunda cuestión voto por la

AFIRMATIVA.

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

A la tercera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde: I) Declarar desierto el recurso de la actora con costas a su cargo (art. 68 del CPCC). II) Rechazar el recurso de la demandada y la citada en garantía, y confirmar la sentencia, con costas (art. 68 del CPCC).

ASI LO VOTO

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

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se declara desierto el recurso de la actora con costas a su cargo (art. 68 del CPCC). **II)** Se rechaza el recurso de la demandada y la citada en garantía, confirmando la sentencia, con costas (art. 68 del CPCC). Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase

Roberto J. Loustaunau Ricardo D. Monterisi

LUCAS M. TROBO

AUXILIAR LETRADO

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^