

SENTENCIA NUMERO: 69

FIGUEROA ALCORTA FELIX ANGEL C/
MUNICIPALIDAD DE CORDOBA-ORDINARIO
DAÑOS Y PERJ. ACCIDENTES DE TRANSITO
RECURSO DE APELACION- 799128/36

En la Ciudad de Córdoba, a los Veinticinco de Abril de dos mil trece, se reunió la Excma. Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial integrada por los Sres. Vocales Dres. Graciela M. Junyent Bas, Héctor Hugo Liendo y José Manuel Díaz Reyna, con la asistencia de la actuaria Dra. Silvia Ferrero de Millone con el objeto de dictar sentencia en los autos caratulados "FIGUEROA ALCORTA FELIX ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA-ORDINARIO- DAÑOS Y PERJ. ACCIDENTES DE TRANSITO-RECURSO DE APELACION- 799128/36", traídos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto en contra del fallo del Sr. Juez de Primera y Cuadragésima Nominación Civil y Comercial por el que resolvía: SENTENCIA NUMERO: Trescientos setenta y ocho. Córdoba, doce de septiembre de dos mil doce. 1.º) Acoger parcialmente la demanda por el rubro de pesos treinta y un mil ciento cincuenta (\$ 31.150). 2.º) Imponer las costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. Alejandro Figueroa Alcorta en la suma de pesos dieciocho mil (\$ 18 000); los honorarios del perito médico oficial, Eduardo Alejandro Simondi, y del perito psiquiatra oficial, José Alejandro Willington, en la suma de pesos dos mil ochocientos doce (\$ 2812) para cada uno. Protocolícese e incorpórese copia.

El tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

A la Primera Cuestión: ¿Es justa la Sentencia apelada?-

A la Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

De conformidad con el orden establecido por el sorteo para la emisión de los votos, A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SRA. VOCAL DRA. GRACIELA JUNYENT BAS DIJO: 1) Contra la sentencia relacionada cuya parte resolutive ha sido transcripta supra, interpone recurso de apelación la parte demandada, fundando su recurso a fs. 480/486, siendo contestados por la actora a fs.488/504. Asimismo adhiere al recurso de apelación a fs. 500/504, siendo respondidos los agravios por la parte demandada a fs.507/508.-2) Apelación de la parte demandada: se agravia por cuanto: a) Aduce que se le ha endilgado responsabilidad en el evento traído a juicio, justificando dicha responsabilidad en lo prescripto en el art. 1.113 del C.C. Que a esos fines resulta importante detenerse a analizar si la conducta que dice el Juez haber cometido su mandante se encuadra en lo previsto en el art. 1113 del C.C. y para ello resulta conveniente transcribir un párrafo del fallo de fs. 456:"Cabe destacar que la

responsabilidad civil derivada de un accidente de este tipo se asienta en un factor objetivo, el riesgo de la cosa, principio que resulta receptado normativamente en el art. 1113 del Código Civil, el cual consagra “una presunción de causalidad”, que solo se enerva con la demostración de que el daño proviene de una causa ajena, sea por hechos del propio damnificado, de un tercero por el que no debe responder o caso fortuito o fuerza mayor.”

Que no resulta otra cosa que el párrafo 2do. del art. 1113 del Cód. Civil como muy importante, ya que expresa que cuando existen hechos propios del damnificado que producen un daño exime de total responsabilidad al supuesto causante del mismo, cosa que ha ocurrido en autos, con la responsabilidad que le cupo al actor al tiempo de conducirse en la vía pública.

Señala que a los fines de acreditar dicha postura, resulta conveniente ver las normativas que indican de que manera una persona debe conducirse en la vía pública con su bicicleta y a partir de allí entender la prueba incorporada en autos, y el grado de responsabilidad del actor al conducirse en la vía pública, para lo cual hay que detenerse en la Ordenanza Municipal N° 9981 Decreto Reglamentario 511 -G- , que resulta quien reglamenta todas y cada una de las obligaciones que un conductor de motocicleta debe observar al tiempo de conducirse en la vía pública a bordo de dicho rodado. La norma dice que todo conductor de motocicleta al momento de circular por la vía pública, debe llevar colocado el casco protector en su cabeza, pero además de ello durante su marcha normal debe transitar dentro de una faja de un metro a partir del borde derecho de la calzada. Para mayor ilustración transcribe la normativa vigente que ilustra sobre dichas obligaciones Ordenanza 9981-Decreto Reglamentario 511 –G- Capítulo IV de los ciclistas y motociclistas. Reglas de conducción Art. 50 y Forma de transitar Art. 52.-

Que por el escaso aporte probatorio arrojado por la parte actora, y su relación con la normativa ut-supra mencionada, existen graves faltas cometidas por parte del Sr. Figueroa Alcorta, falencias que han sido confirmadas especialmente con el plano y las fotografías incorporadas a fs. 48/50 de autos, y el resto de la prueba incorporada en donde se corroboró no solamente que no conducía dentro del metro a partir del borde derecho de la calzada, sino que además lo hacía sin el casco protector lo que de haber estado colocado, seguramente hubiera aminorado las consecuencias que dice en su demanda haber padecido, dando la pauta de la irresponsabilidad con la que se manejaba en la vía pública esta persona, poniendo en riesgo su vida y la de los demás.-

Siempre en el marco del Cód. de Tránsito, en especial lo previsto en el art. 52 de dicha normativa, y en relación directa a las fotos de fs. 49/50 de autos, en especial la N°6, se ve claramente que el actor lo hacía por fuera de esa franja de un metro antes mencionada.-

Insiste que según la Ordenanza 9981- Decreto Reglamentario 511 -G- Forma de transitar, art. 52 que dice: “Durante su marcha normal deben transitar dentro de una faja de un metro, a partir del borde derecho de la calzada, salvo que existan sobre ese lado carriles selectivos, en cuyo caso regirá similar norma pero sobre el borde izquierdo.” Aduce que el conductor de la bicicleta estaba en abierta violación a la Ordenanza de tránsito antes mencionada, es decir que circulaba por el medio de la calzada, cuando dicha normativa exige que su circulación lo sea dentro de la faja de un metro, siendo importante decir que de acuerdo a las constancias de fs. 48/50 la rejilla del pluvial donde supuestamente se cayó el actor – cosa que su mandante niega- nace a partir del metro del borde derecho de la calzada, dando la pauta que de haberse respetado la ordenanza mencionada por parte del accionante, no se hubiese ocasionado el supuesto hecho mencionado en autos.

Sostiene que de acuerdo al croquis formulado por el actor y las fotografías también incorporadas, el Sr. Figueroa Alcorta para llegar al presunto desperfecto de la calzada, debía frenar por existir una esquina, y a partir de allí continuar la marcha, es decir, que si la prudencia del Sr. Figueroa Alcorta al conducirse en la vía pública hubiese primado, mal puede producir el hecho mencionado en autos.-

Aduce que el actor al llegar a una esquina debió haber frenado. Sostiene que la imprudencia con la que se conducía en la vía pública el actor, al no tener casco colocado y peor aún, lo hacía por fuera de la franja en la que debía hacerlo, no frenando en la esquina, dando la pauta de que en caso de haber ocurrido el accidente de manera en que se lo mencionaba en la demanda –que su mandante niega-, el mismo ha sido producto pura y exclusivamente del accionar negligente de dicho conductor.

Resulta importante analizar la atribución de responsabilidad que le cabe a su mandante en el evento dañoso que se ventila en autos, debiendo señalarse que el control que debe tener su conferente no solo sobre las condiciones de las arterias de la ciudad sino en todos los ámbitos de inspección que le caben por su poder de policía, resulta genérico y no una obligación de resultado, valiendo la pena que la Municipalidad de Córdoba realiza en forma permanente la fiscalización y control del cumplimiento de toda la normativa municipal, lo que no significa que ello garantice una eficacia del ciento por ciento.-

Aduce que resulta necesario verificar el grado de razonabilidad en la exigencia del cumplimiento de un deber genérico puesto en cabeza del Estado por una norma jurídica, debiendo valorarse si a un cierto acto de abstención, se le puede adjudicar la producción de un determinado daño. Que haciendo un análisis lógico, a su mandante se lo culpa por la supuesta falta de mantenimiento de una calle, pero objetivamente no solo no se ha logrado demostrar la

desidia de su conferente en su reparación, sino que cualquier atribución de responsabilidad cede ante la imprudencia y negligencia de las personas que se conducen en la vía pública como ha sucedido en autos.

Expresa que se trata de un reclamo innecesario y carente de razonabilidad puesto de manifiesto por el accionante, ya que con su proceder pretende endilgar responsabilidad a su mandante sin al menos acreditar los extremos de su invocación, escapando a la verdad sus dichos, señalando la jurisprudencia que avala su postura.

Que de las pruebas colectadas en autos se permite entrever el grado de responsabilidad que le cupo al actor en el hecho ventilado en autos, razón por la cual solicitó se haga lugar al recurso de apelación en todo lo que sea materia de agravios.-

b) Porque se ha hecho lugar al rubro Lucro Cesante pasado y gastos terapéuticos cuando el propio Juez manifiesta “Si bien se acreditó la actividad lucrativa, no se comprobó el monto de las ganancias, pues un solo testigo hizo referencia a valores, pero referidos a una época posterior en más de ocho años a la fecha del accidente de autos, sin determinar exactamente la cantidad de viajes por mes, ni el valor de cada uno de ellos” (fs. 456 vta.), lo que da la pauta que el Juez ha resuelto la presente causa sin contar con los elementos necesarios que acrediten la acreencia reclamada, ocasionando un agravio a los intereses de su mandante.

Aduce que el Juez en la convicción de intentar justificar dicha falencia probatoria, ha recurrido de manera residual al salario mínimo vital y móvil, como pauta para mensurar dicho gastos, y para de esa manera hacer lugar a este rubro, cuando de los elementos colectados en autos en modo alguno puede tomarse el salario mínimo, vital y móvil, simplemente porque no se puede resolver más allá de lo peticionado y probado, ya que si todos los jueces saldaran todos los errores y falencias de las partes, no tendrían razón de ser la necesidad de acreidtar lo peticionado en sus reclamos, se estaría seguro de que cualquier carencia sería remediada por el sentenciante, situación esta última que resulta por demás agravante.-

Sostiene que el propio Juez resulta quien ha reconocido la carencia probatoria para acreditar el rubro reclamado. Carencia que también se ve imbuido el rubro gastos terapéuticos, que a pesar de haberse comprobado “solo algunos gastos...” (fs. 457), da la pauta de la carencia probatoria, a pesar de ello y de manera muy rebuscada se ha condenado al pago al actor en este concepto. Que la base de la mayor pretensión de la accionante no ha sido acreditada, siendo reconocida dicha falencia por el Juez, pero a pesar de ello y a los fines de remediar dicha carencia probatoria, el Juez ha tomado como elemento de base para medir dicho monto, el salario mínimo, vital y móvil, el cual no solo que no ha sido acreditado, sino que

tampoco se ha petitionado por parte de la actora, ni aún como elemento residual de su pretensión.

Aduce que la accionante no le ha requerido al Juez que de manera residual tome como pauta de mensuración de un ingreso, lo previsto como salario mínimo, vital y móvil, por lo que mal pueda el Juez resolver una circunstancia más allá de lo petitionado y acreditado, lo que en definitiva ocasiona a su mandante un perjuicio irreparable y agravante que en modo alguno ha de ser soportado. El Juez ha considerado que su mandante, debe abonar por dichos conceptos la suma antes mencionada, siendo por ende no solo agravante a los intereses de la Municipalidad de Córdoba que se la condene por los rubros en donde no han existido probanzas al respecto, sino que la contradicción sea tan evidente.

Reitera que no sólo resulta agravante el hecho de la condena misma a su mandante, sino también el monto y la carencia probatoria, ya que escudado en el análisis psicológico del Juez y de su prudencia, no se puede ocultar cualquier carencia probatoria, ni cualquier contradicción evidente como es la que surge de autos, razón por la cual se solicita que rechace la presente demanda con expresa imposición de costas.

Que resulta evidente la contradicción, la carencia probatoria, lo vacío del fallo y además de palmario el agravio a los intereses de su conferente. Agrega que si a lo largo de todo el análisis previo el Juez hablo de la carencia probatoria, y después al finalizar expresa que debe tomar como base del ingreso el salario mínimo, vital y móvil, da la pauta que este resuelvo, en los rubros analizados, resulta manifiestamente agravante a los intereses de su conferente, razón por la cual solicita se revoque el mismo con costas.

c) Resulta agravante a sus intereses que se le haya condenado en los presentes autos al pago del daño moral. Que no resulta solo carente de fundamentación lógica la condena a su mandante por el rubro daño moral, sino también lo abultado del monto consignado en el mismo. Aduce que resulta agravante no solo que el Juez haya tenido esas pautas de mensuración para fijar los montos de los distintos rubros, como lo es el hecho de tomar el Salario mínimo, vital y móvil como ingreso mensual de la actora, sino también lo abultado de la condena por el rubro daño moral que va concatenado al monto antes consignado.

Insiste que el daño moral que dice el actor no se ha demostrado y mucho menos ha sido traslúcido en un análisis lógico por el Juez, deviniendo en consecuencia en improcedente la decisión del Juez de conceder dicho rubro, circunstancia esta que amerita que su mandante se sienta agraviada por la decisión tomada. No se ha justificado convenientemente la ocurrencia del rubro analizado, deviniendo en improcedente su consentimiento, ya que la decisión acorde

hubiese sido el rechazo por carente de entidad, razón por la cual solicita se revoque el fallo en crisis en este rubro.-

d) Se agravia por la regulación de honorarios profesionales regulados en la presente causa. Resulta exagerada y tiene relación directa con la totalidad del fallo que se discute. Ello resulta así ya que no sólo resulta agravante el monto al cual se ha llegado luego de las operaciones aritméticas practicadas por el sentenciante, sino también la base que se ha tenido para llegar a tamaña regulación.

Que si nos atenemos a la base tenida en cuenta por el Juez se llega a la conclusión que la misma aún se está discutiendo, y no solo en cuanto a la esencia de los rubros estudiados, sino también la tasa de interés que se ha practicado, la que de acuerdo al análisis llevado por el sentenciante integran dicha base regulatoria.

Reitera que los honorarios impugnados son extremadamente exagerados y carentes de toda lógica y razonabilidad por lo que solicita se revoque el fallo en crisis.-

e) Que resulta agravante a los intereses de su parte que se le carguen en su totalidad las costas del presente proceso. El juez de manera inexacta concluye con decisión carente de toda razonabilidad, violando por ejemplo el art. 132 del C.P.C. Aduce que el éxito obtenido por el actor ha sido en un porcentaje y en realidad en el resuelvo se lo ha condenado a su conferente al pago de la totalidad de las costas, cuando a decir verdad, y por los argumentos dados en el fallo, la decisión ha sido errada.-

Sostiene que el éxito obtenido por el actor en el fallo de primera instancia ha sido de un treinta por ciento de su reclamo, y en realidad en el resuelvo se lo ha condenado a su conferente al pago de un ciento por ciento de las costas del juicio, cuando a decir verdad, el porcentaje debería haber sido en algo así como un treinta por ciento, por ser este el porcentaje en que se le hizo lugar a la demanda al accionante.

Insiste que el actor ha reclamado en su demanda una indemnización del Pesos ciento tres mil ciento cincuenta (\$ 103.150), y la condena es por pesos Treinta y un mil ciento cincuenta (\$ 31.150). Que a su mandante en modo alguno se debería habérsela condenado en costas, pero en el supuesto de que sea condenada, no lo deberá haber sido en la proporción que lo hizo el Juez.

Aduce que si se hizo lugar a la presente demanda de manera parcial, y así lo expresa el fallo, las costas que sobrevengan, deberían haber corrido la misma suerte y haber sido soportadas en los mismos porcentajes y no en su totalidad como injustamente lo ha aplicado el Juez. Solicita se haga lugar al recurso revocando el decisorio en la parte pertinente, con especial imposición de costas.-

3) La parte actora solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto por la demandada, por las razones que expresa en el escrito referenciado al que remitimos por razones de brevedad, con costas. Asimismo interpone recurso de Apelación por adhesión de la parte actora: se agravia en resúmen por:a) La determinación baja e inequitativa del rubro “lucro cesante”, derivado de la incapacidad, del Considerando 4) de la sentencia (fs. 456 vta.), toda vez que conforme los principios de la sana crítica racional, tratándose de un trabajador independiente, a falta de prueba directa, correspondía al Tribunal haber tomado como pauta para la determinación de la misma el ingreso mínimo de un empleado en relación de dependencia de idéntica actividad y sobre ese parámetro indemnizar, no tomar el salario mínimo, vital y móvil, ya que no se está cumpliendo con la exigencia del art. 1083 del C.C., ni con el principio de “in dubio pro victimae”. Que estima insuficiente la condena efectuada, toda vez que –a partir de la base del S.M.V.M.- por cuarenta meses de inactividad, se ordenó resarcir apenas \$ 8.000, cifra que no se condice con el perjuicio causado. Solicita se revoque y amplíe el monto de la condena tomándose como base a los fines de la indemnización el sueldo básico previsto para un chofer de larga distancia de primera categoría.

Sostiene como correcta hermenéutica: la determinación de lucro cesante en base a los ingresos de personas que desempeñan la misma actividad de la víctima, pero en relación de dependencia. Cita doctrina que avala su postura y aduce que en autos existe plena acreditación de la actividad como chofer y de su interrupción definitiva luego del accidente. Que traslada la situación económica a las presentes actuaciones, resulta evidente que debió otorgarse al actor el criterio de la doctrina que cita y propugna el T.S.J. Expresa que ha quedado total y absolutamente acreditada la actividad del actor como chofer, la frecuencia de sus viajes, el destino de los mismos –larga distancia, viajando a otras provincias, etc.- En primer término, el testigo Corroux (fs. 241) resulta fundamental atento haber sido proveedor de trabajo para el actor. Preguntado si el accionante trabajaba normalmente antes del accidente –pregunta 4ta.- dijo: “Que si estaba bien de salud. Que trabajaba normalmente. Que era relativo para quien trabaja porque trabajaba para cualquiera que le daba viajes y a cualquier punto del país.”-

Sobre las características del trabajo, si le hacía viajes al testigo dijo (pregunta 5°):“Que directamente al testigo no le hacía viajes. Que al testigo del mercado le pedían un camión para cargar papas a Rosario, por ejemplo, y el testigo buscaba el camión, como podía ser Figueroa o cualquier otro y de ahí cobraba el testigo una comisión y nada más. Que le daba viaje al testigo, pero el que facturaba era el puestero del mercado o el que pedía el viaje. Viajes largos le daba unos por semana. Había viajes largos que hacía. Los que mas le gustaban hacer eran

a Salta, Santiago, Tucumán, Rosario, Santa Fe, Catamarca, La Rioja, también. Además había viajes dentro de la provincia. Que valores de esa época no recuerda. Que actualmente viaja a Rosario, se paga dos mil pesos, o a Salta tres mil pesos, por ejemplo. Que limpios no le queda al camionero el cincuenta por ciento, sino menos.”

Preguntado si trabajaba personalmente (pregunta 6ta.) dijo: “Que trabajaba personalmente con el camión.” Que si volvió a trabajar luego del accidente (pregunta 8°) respondió: “Que luego del accidente no volvió a hacer viajes con el testigo. Desconoce si lo hizo para terceras personas”.-

b) Cesar Augusto Eusebio Vázquez (fs. 247) en su testimonial refirió que el estado de salud era “perfecto” que el actor “trabajaba por cuenta propia” –pregunta 4- y en relación al trabajo: que viajaba con su camión. Normalmente hacía viajes de larga distancia. Los más cerca eran de Villa Dolores, doscientos o trescientos kilómetros. Si no viajaba mucho al sur del país...” (pregunta 5ta.), manifestando que: “nunca tuvo choferes. Que no presta el camión”, (pregunta 6ta.). Luego de manifestar que era la única actividad que le generaba ingresos al actor, manifiesta que luego del accidente “que no pudo trabajar más. Quedó con problemas de equilibrio y de motricidad. Lo sabe porque lo siguió viendo y en varias ocasiones con los golpes por las caídas en las veredas por perder el equilibrio” (pregunta 8°).-

c) Que la testigo Irene Antonia Figueroa Alcorta (fs. 258), en relación al trabajo de su hermano, refiere que era como “camionero”, aclarando también que “hacía los viajes personalmente”, aclarando “viajaba todas las semanas y a todas partes con eso se mantenía” y que luego del accidente “no se repuso nunca no trabajó más, tenía dolores de cabeza, las manos no las podía manejar, dificultad para caminar.” Luego preguntada por su parte respecto de que vive el actor desde que tuvo el accidente. A lo que dijo: “de la ayuda económica de la exponente y su hijo.”-

d) Que idéntica versión de los hechos entrega el testigo José Mario Brunner (fs. 273), preguntado sobre el estado de salud del actor previo al accidente dijo: (pregunta N° 4): “Que estaba perfecto. Que si andaba en bicicleta es porque estaba bien, se trepaba al camión. Que trabajaba para él, era independiente.” Aclaró que: “Viajaba con el camión a Mendoza, Río Negro, Buenos Aires. Viajaba por lo menos una vez por semana. Descargaba y volvía a Córdoba” y “que trabajaba solo.” Sostiene que el testigo resulta categórico al referir que con posterioridad el actor no pudo manejar”...quedó discapacitado, no pudo conducir más el camión, me acuerdo cuando iba a comer a mi casa mi madre le picaba la comida porque era como que no tenía fuerza ni dominio de las manos. Estaba con un cuello ortopédico. En una oportunidad me llamó la atención que no pudo abrir la puerta del auto y se la tuve que abrir.”-

Concretamente si pudo volver a trabajar (pregunta N° 9): “Que no, es como que quedó convaleciente y ya no se recuperó más.”

e) El testigo Walter Ismael Pereyra (fs. 290), aludió a la existencia de trabajo de parte del actor en forma inmediata al accidente. En primer término refiere que: “al Sr. Figueroa lo conocí en el año 2000 que me hizo la mudanza de mi propiedad de barrio Jorge Newbery. En esa oportunidad se encontraba en buen estado de salud, trabajaba, estaba activo.”

Aclaró en la respuesta siguiente que el mismo “...prestaba servicios de fletes, tenía un camión de cargas generales, con caja de madera. Los destinos los desconoce. Posterior a la mudanza mía trabajo con un cliente que tiene concesionaria en la calle Juan B. Justo al 5000 y allí trabajo mucho haciendo viajes a muchos lugares. Lo que conoce es que sacaron un lote de autos viejos y los llevaron a Colonia Caroya a otro lugar de la misma agencia, todo ese trabajo lo hizo el Sr. Se ve que lo llamaron para hacer viajes en forma permanente, en relación a para quien trabaja, el testigo trato siempre con él. No trabajaba para nadie. El trato fue siempre directo. Que al momento de contratarlo hablo por teléfono en persona y acordó también personalmente,” También resulta categórico al referir que “el manejaba el camión al menos cuando le hizo la mudanza.”

Sobre la secuela incapacitante e imposibilidad de volver a trabajar, expresa al responder la pregunta 6ta.: “Que tiene entendido que no, que después del comentario que había tenido un accidente, no trabaja más. Lo sabe por referencia de los contactos que tenía, la misma gente que le daba los viajes no lo contrató más. No trabajo más porque no podía.

f) Por su parte Gustavo Gabriel Cravero Figueroa (fs. 292), sobre el estado de salud del actor previo al accidente (pregunta N° 4): “Que si, que trabaja por normal y perfectamente y trabajaba para si mismo. Estaba hecho una joya. Trabajaba de camionero.” Al responder a la pregunta N° 5 al igual que los otros testimonios, es categórico al referir que el actor “...hacia fletes, es decir transporte de mercadería dentro de la provincia y afuera también. Que trabajaba muy bien, viajaba asiduamente. Vivía arriba del camión”, aclarando además (pregunta 6°) que “los viajes los hacía personalmente”. Y sobre cuál fueron las secuelas o consecuencias posteriores (pregunta 8°): “Que fueron catastróficas, el deterioro físico y mental. No poder manejar bien las manos, caminar con mucha dificultad, la memoria perdía la memoria, ya no era la lucidez de antes. Con frecuencia se olvidaba las cosas.”

Sobre la imposibilidad de trabajar, al responder a la pregunta N° 9 dijo: “Que nunca más volvió a trabajar luego del accidente no pudo manejar más.” Concluye que no puede quedar la menor duda respecto a que el actor al momento del accidente trabajaba como chofer de camión de larga distancia, explotando un camión de su propiedad, que lo manejaba

personalmente y que viajaba en forma permanente a diferentes puntos del país y que luego del accidente no pudo trabajar más.-

Por la notoria subvaluación del perjuicio derivado de la incapacidad. Aduce que a pesar que se acreditó la existencia de la actividad laboral, el Tribunal inferior decidió aplicar el s.m.v.m. como pauta. Señala que esta pauta es aplicada normalmente por la jurisprudencia con un mínimo *minimorum*, es decir, se toma esa cifra como el piso, la base infima para indemnizar a una persona en defecto de actividad laboral o lucrativa alguna. Que así se ha aplicado para el caso de personas que no trabajan desde larga data, o para jóvenes que jamás tuvieron un trabajo estable, o bien para amas de casa, o en definitiva para personas que no tienen una forma de vivir que esté consolidada y permita tomar un parámetro de ingreso previsible el resto de su vida. Cita jurisprudencia al respecto.-

Sostiene que la pauta luce razonable y ajustada a derecho, pero siempre que el actor no haya acreditado una actividad concreta, en cuyo caso, el parámetro, debe tomarse analógicamente el salario de personas que hacen idéntica actividad en relación de dependencia. Que en autos, la actividad del actor se probó: camionero. También los destinos que hacía larga distancia, viajes a otras provincias. También la frecuencia de sus viajes: semanales. También la modalidad como cuenta propista por ser dueño del camión. Finalmente está probada también la implicancia de la incapacidad: nunca más volvió a viajar.

Que sin embargo, se lo indemnizó tomando la base que se utiliza para personas desempleadas, o que jamás tuvieron un trabajo estable, para jóvenes que no llegaron a su primer trabajo o para amas de casa. -

Aduce como injusto, ya que no puede indemnizárselo como si hubiera sido una persona que jamás trabajó, o que no tenía actividad conocida. Que en oportunidad de la demanda advirtió de la necesidad de trazar un paralelo con el chofer en relación de dependencia, cuando lo señaló en la demanda a fs. 63.

Sostiene que en la demanda, ya señalaba la necesidad de comparar su caso con el chofer en relación de dependencia y brindaba pautas concretas de cuantificación, que citó lo que estaba ganando al momento de la demanda un chofer de larga distancia como básico.-

Que para la época del accidente –Agosto de 2001- un chofer en relación de dependencia, por el solo hecho de estar a disposición es decir, sin hacer un solo viaje, solo por ser chofer de larga distancia, tenía un básico de \$ 426,56, este salario rigió entre 1995 a Marzo de 2003, cuando comenzó a elevarse y al momento de la demanda estaba en \$ 724. Esta información resulta de público conocimiento constando en la página oficial del Sindicato de Camioneros.-

Aduce que el actor, quien probó que era propietario del camión y probó que viajaba en forma permanente, se le tomó un monto de \$ 200 desde el accidente y por los siguientes cuarenta meses, es decir, menos de la mitad que lo cobraba un chofer empleado al momento del accidente, sin contar los sucesivos aumentos. Que si el actor hubiera estado en relación de dependencia, sin probar ningún viaje, le hubieran otorgado la base de \$ 426,56 al momento del accidente y los restantes aumentos de los siguientes cuarenta meses –al momento de la sentencia ya estaba el básico en \$ 724- Mientras que en autos, habiendo probado ser dueño del camión y que viajaba en forma efectiva y permanente se le pretenden otorgar \$ 200 por mes por todo el período indemnizado. La injusticia resulta incuestionable y no resiste la menor lógica. Que resulta menester tratar como iguales a quienes están en iguales condiciones y aquí se trató al actor como si fuera un desempleado crónico o un ama de casa o incluso un simple estudiante resulta injusto.-

Por la reparación integral del art. 1083 del C.C. Aduce que el S.M.V.M. resulta el piso, el mínimo minimorum lo que se paga “cuanto menos y en el peor de los casos”, sostuvo al alegar. Que resulta una pauta legítima, razonable y ajustada a derecho, siempre que no se acredite una actividad concreta y cierta. Al haberse demostrado la actividad como chofer de larga distancia, no corresponde aplicar ese criterio, ya que hay elementos para fijar conforme doctrina que señala una pauta razonable: el ingreso de una persona que ejerce idéntica actividad en relación de dependencia.

Sostiene que el salario básico –sin adicionales por km. o viáticos- previsto para un chofer de larga distancia resulta un cifra razonable, a fin de resarcir los siguientes cuarenta meses posteriores al accidente. Que resulta fundamental tener en cuenta que aquí no se aplicó la formula Marshall, por la edad de la víctima, y en cambio el procedimiento fue sumar el supuesto ingreso del actor por cuarenta meses posteriores al accidente. Esta modalidad no mereció ningún reproche de parte de la contraria, es decir, que en cuanto mecanismo resarcitorio a aplicar en la especie está firme y consentido.

Considera que lo único que debe modificarse es la base empleada. Aduce que tomando como pauta el básico de un chofer, la indemnización debería haber sido de \$ 22.741,52, fruto de sumar los cuarenta salarios básicos post accidente es decir: \$ 426,56 durante los primeros 17 meses, de Agosto/2001 a Febrero/2003: \$ 450 marzo/03; \$ 475 Abril/2003 a Jul/03; \$ 556,00 Ago/03: \$ 584,00, Sep/03: \$ 612,00 Oct./03; \$ 640,00, Nov./03: \$ 668,00, Dic./03:\$ 696,00, Ene/04 a Feb./04:\$ 724 de Marzo/04 a Febrero de 2005.-

Aduce que esa sería una pauta razonable, ya que contiene las sucesivas actualizaciones de ese básico. Pero ya por el absurdo, aún prescindiendo de esas actualizaciones, tomando el

valor del básico al momento del accidente (\$ 426,56 en Agosto de 2001), multiplicado por 40, el resultado da \$ 17.062,40 es decir, mas del doble de la condena en autos. Eso da la pauta de lo injusto del monto de la condena. Reitera que el básico se paga en la actividad sin hacer ningún viaje, simplemente por estar a disposición, y ese básico se le agregan infinidad de rubros que lo engrosan para obtener el sueldo final. El básico se paga aún sin prestación laboral efectiva. Ese básico debe ser usado como base del cálculo, por ello solicita se sirva revocar el fallo y disponer que a los fines de la indemnización respectiva por los siguientes cuarenta meses del accidente –lo que no ha sido cuestionado en este aspecto- se sumen los salarios básicos establecidos para el chofer de 1ra. Categoría de larga distancia conforme escala salarial del Convenio 40/89, correspondiente al Sindicato de Camioneros. De esta forma la indemnización se elevará de \$ 8.000 a \$ 22.741,52 que resulta mas razonable por la privación absoluta de ingreso durante 40 meses a un camionero. Máxime si encierra también la indemnización por incapacidad vital.

Solicita se anule el decisorio en lo referente a este rubro, y se amplíe el monto de la condena en concepto de lucro cesante derivado de la incapacidad y de esta forma se cumpla con el art. 1083 del C.C. y el principio de la reparación integral. Cita doctrina y jurisprudencia que avala su postura.-

4) La parte demandada, por intermedio de su apoderado solicitó se desestimen los agravios de adhesión, por las razones que expresa en el escrito referenciado al que remitimos en honor a la brevedad, con costas.-

5) Ingresando al análisis de las cuestiones traídas a consideración de este tribunal de alzada, por razones lógicas de método he de considerar y analizar, en forma conjunta los agravios vertidos por los demandados, teniendo en cuenta la semejanza de uno de los agravios vertidos en relación al lucro cesante. Así, en primer lugar, se queja la parte demandada por la responsabilidad que se le endilga por el accidente basado en el factor objetivo, riesgo de la cosa.-

En segundo lugar por el lucro cesante pasado y las gastos terapéuticos. En tercer lugar por la condena al pago del daño moral y su monto. En cuarto lugar por los honorarios regulados en la presente causa y por último en cuanto a la imposición de costas.

Se queja el demandado por la responsabilidad que se le ha endilgado del accidente basado en el art. 1113 del Cod. Civil y en el factor objetivo de riesgo creado. Aduce que una persona que se conduce en la vía pública en bicicleta debía llevar puesto su casco protector. Adelantamos que esta última defensa ha sido planteado recién en los alegatos y ahora en esta Sede por lo que resulta extemporánea y ajena a los términos de la traba de la litis.

Ello en tanto el límite cognoscitivo que impone tal principio establecido en los arts. 328 y 330 del C.P.C. para el juez de primera instancia, se aplica también al tribunal de alzada, cuyo conocimiento en la causa se reduce por un lado a las peticiones realizadas en la etapa de constitución del proceso, y por otro lado al alcance de los recursos concedidos.(conf. TSJ, Sala Civil, Sentencia N 30/04).

El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respeta esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es el de la disposición de los derechos materiales o de fondo. (Cfr. Loustayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo I, pág. 115).

Las pretensiones de las partes constituyen la primera limitación a que debe ceñirse el Tribunal en su ámbito de conocimiento y decisión. En segunda instancia, además del contenido de la demanda y su contestación, la expresión de agravios integra también esa limitación.-

Por ello, el primer límite con que cuenta este tribunal para analizar la apelación traída ante esta sede, lo constituye los términos del planteo efectuado en primera instancia, es decir la demanda y la contestación. Así tanto en la primer contestación de fs. 79/84, donde la demandada planteó la excepción de previo y especial pronunciamiento de defecto legal y de prescripción, como en la contestación de fs. 208/220 negó los hechos y el accidente y su responsabilidad, pero no invocó la falta de casco protector, recién a este eximente lo introduce en los alegatos, por lo que consideramos tardío dicho planteamiento, compartiendo los argumentos vertidos por el Sr. Juez de primera instancia.

En tal orden de ideas se ha dicho "Al Tribunal de apelación, por aplicación del principio dispositivo y de congruencia, le está vedado pronunciarse sobre aquellas defensas o cuestiones introducidas recién en la alzada y que no fueron motivo de alegación o debate oportuno en primera instancia, esto es en los escritos de constitución del proceso. Ello así, en tanto el tribunal, en principio sólo puede decidir las cuestiones que quedaron sometidas al pronunciamiento del Juez de Primera instancia, lo contrario importaría alterar los términos en que quedó planteada la litis, con menoscabo del derecho de defensa de la otra parte, quien de esta manera se vería sorprendido con el planteo de una cuestión respecto de la cual, nada podría alegar o probar en su descargo" (Conf. Recursos Ordinarios en la Jurisprudencia Civil y Comercial de Córdoba, Ortiz Pellegrini y ot. Ed, Lerner. pág.297).

En igual sentido se ha expedido nuestro T.S.J. en Sent. N° 215 del 28/09/11 en autos:"CAMPELLONE LLERENA, MARIANO TOMÁS C/ ANDRADA, ISIDRO Y OTRO –

RECURSO DE APELACIÓN – EXPED. INTERIOR (CIVIL) RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. C-62/08)” y ha dicho que:”...que no debe confundirse la inviabilidad de incorporar tardíamente o de oficio una circunstancia fáctica distinta de la alegada por las partes como causal eximente de responsabilidad (uso del casco), de la facultad del órgano jurisdiccional de rechazar aún de oficio la demanda o reducir la cuantía de la condena, ya sea por no haberse probado la existencia del daño o bien por no haberse acreditado la extensión del resarcimiento con el alcance propuesto en el escrito inicial. La distinción que formulo encuentra su razón de ser en que mientras la existencia de las lesiones y su gravedad y consecuencias son datos fácticos sometidos a juicio por el propio actor, lo que habilita al Tribunal a expedirse sobre su procedencia o improcedencia aún de oficio; la circunstancia de llevar o no llevar puesto el casco protector en el momento del siniestro, constituye una circunstancia de hecho del litigio que, si no ha sido introducido por ninguna de las partes durante la fase inicial del juicio, no puede ser ponderada por el Órgano Jurisdiccional como eximente.”-

Entonces, no cabe considerar este eximente de responsabilidad introducido tardíamente por la parte demandada. El apelante no efectúa una crítica concreta y razonada en contra de los argumentos vertidos por el Sr. Juez para rechazar su pretensión, no refuta, ni cuestiona lo expuesto por el “Aquo”.

El recurrente alude a las fotografías o el croquis ilustrativo para considerar que con esos elementos está probado la supuesta falta de casco y el incumplimiento de las normas referentes a la circulación de las bicicletas, pero ello no demuestra la eximente alegado de “falta de uso de casco protector”, sino solo demuestran el lugar donde se produjo el accidente, y la falta de rejas en la alcantarilla donde cayó el actor con su bicicleta. Ninguno de los testigos recepcionados en autos expresó la ausencia de casco del actor, por lo que la demandada no ha probado la eximente –culpa de la víctima- que intenta introducir en esta Sede.-

Que en virtud de lo normado por el art. 1113 del Código Civil, la teoría del riesgo creado conlleva la inversión de la carga probatoria, importando, con ello, un análisis inverso de los factores de atribución establecidos en la Teoría General del Derecho de Daños. Ciertamente, la demandada como guardian de la vía pública, en el caso la falta de reja de la alcantarilla – considerado una cosa riesgosa- se presupone responsable por los daños ocasionados y se genera responsabilidad objetiva.

Sobre tal eje de sustentación, le corresponde al autor del daño acreditar la procedencia de alguna de las eximentes de responsabilidad comprendidas en el Artículo 1113 del Código Civil. A los fines de la exoneración de la responsabilidad del conductor del automóvil, la prueba aportada deberá ser inequívoca.-

Tampoco ha demostrado la demandada la supuesta falta de responsabilidad por no “haber circulado dentro del borde derecho de la calzada...”, no hay prueba al respecto, es más las fotografías y el croquis glosado a fs. 48/50 se acredita que al caer a la alcantarilla justamente el actor circulaba por la derecha.-

Asimismo, el testigo Sr. Miguel Angel Ledesma, vecino del lugar en respuesta a la segunda pregunta sostuvo que: “...vivo a dos casas de la trampa mortal que existe ahí y todavía tienen el problema, que espera que con esto se cierre de una vez por todas” (fs. 311), de lo que se desprende que la falta de reja de la alcantarilla resulta un peligro y riesgo para quien circula por la misma.

Como la parte demandada no ha producido prueba que amerite los extremos invocados, no cabe exonerarlo de su obligación resarcitoria.

Entonces, conforme lo dispuesto por el art. 1.113 segundo párrafo y 2do. supuesto del C. Civil, para los daños derivados del riesgo de la cosa, se consagra un régimen de responsabilidad objetiva, de manera que pesaba sobre el demandado la necesidad de acreditar un eximente de su responsabilidad, lo que no ha ocurrido en autos.-

En definitiva, no obra en autos prueba de la demandada que acredite la eximente alguno de responsabilidad, por lo que resulta procedente la pretensión de la actora.-

Con respecto al lucro cesante pasado que se mandó a pagar, ambas partes han apelado este rubro. El Juez sostuvo que no estaba acreditado el ingreso de la accionante, por lo que el Juez debió recurrir a los fines del cálculo al S.M.V.M.-

En primer lugar, cabe señalar que el juez no consideró probado el ingreso del actor, a pesar de que si entendió acreditada la actividad de camionero que desempeñaba, por los testigos recepcionados en autos, sino que tras analizar la prueba con respecto a los trabajos rentados de la accionante, concluye que: *“Al estar referido el lucro cesante pasado a los períodos anteriores a la sentencia y debido a que el accionante ya ha fallecido, procede que el rubro se acoja como lucro cesante pasado por el período solicitado. Los testimonios mencionados supra dan cuenta en mayor o menor medida de que el actor no pudo trabajar luego del accidente de autos y que sí lo hacía con anterioridad al siniestro con un camión de su propiedad (fs. 51). Si bien acreditó la actividad lucrativa, no se comprobó el monto de las ganancias, pues un solo testigo hizo referencia a valores, pero referidos a una época posterior en mas de ocho años a la fecha del accidente de autos, sin determinar exactamente la cantidad de viajes por mes, ni el valor de cada uno de ellos”* . -

Que compartimos lo expuesto por el sentenciante, toda vez que a pesar del esfuerzo del actor apelante, todos los testigos que cita, acreditan que antes del accidente el actor tenía

buena salud, que tenía un camión, que incluso lo manejaba por cuenta propia, pero no han podido demostrar cuanto sería una ganancia promedio mensual, tampoco el accionante ha acompañado prueba informativa, ni documental que arroje un resultado positivo al respecto, por lo que consideramos ajustado a derecho haber efectuado el cálculo conforme al salario mínimo vital y móvil existente a la fecha del accidente.

Efectivamente, se caracteriza como “El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo que impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos; el lucro cesante es la ganancia que fue privado el damnificado” (Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 1 pag. 462, Trigo Represas López Mesa).

Ello desde que el juzgador no puede fundar su sentencia en hechos que no hayan sido probados, la prueba resulta para las partes nada más ni nada menos que una condición para sus pretensiones. Siguiendo el principio según el cual *onus probandi incumbit actoris*, cabe afirmar sin más que a la actora incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende.-

En el mismo sentido se ha sostenido que “...*Uno de los presupuestos fundamentales del reconocimiento de la reparación de daños y perjuicios lo constituye la prueba de la existencia real y efectiva, en concreto de los mismos. Quien intenta la satisfacción de los perjuicios sufridos a raíz de un accidente de tránsito debe traer al litigio la información necesaria para su fijación. La prueba del daño, se ha dicho, es esencial para su admisión judicial, a los fines del resarcimiento...*” (BCNE C y C 981-702 num 10.530, CN Especial Civil y Com. Sala IV Agosto 25-980).-

“*Debe existir certeza del daño, pues no cabe indemnizar perjuicios meramente eventuales o hipotéticos, de modo que el defecto de prueba eficaz debe determinar el rechazo de la pretensión resarcitoria*”. (conf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, t 3Ed. Hammurabi 1993, pág.143). -

Expresa la autora citada, “...*en efecto acudiendo al cotidiano lenguaje forense, no basta “tener razón” sino hacerla valer, es decir, explicitarla en el proceso y apoyarla en elementos de juicio suficientes para formar la convicción del magistrado.*” (ob. cit. pág. 143).-

“*La prueba de las lesiones a la integridad sicofísica y de la consecuente inmovilización de la víctima, por sí sola no permite concluir en la producción de un lucro cesante. Es que la demostración debe tender a poner de relieve el daño mismo (las ganancias frustradas) y no sólo la situación lesiva que constituye su*

génesis.”(conf. Zavala de González, "Resarcimiento de daños",T. 2 a.Edit. Hammurabi 1993, pág.313).

En este sentido cabe destacar que dentro del régimen dispositivo de nuestra ley adjetiva, la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del Juez desde que no puede en su sentencia referirse a otros hechos que a los alegados por aquéllas.-

Por otra parte al ser conductor de su propio camión y no haber acreditado la asiduidad de los viajes no puede pretender que se indemnice en relación al sueldo de un asalariado.-

Así, de la actividad de las partes depende que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas, de modo que, junto a la carga de la afirmación de los hechos, tienen la carga de la prueba de los mismos, cuando no fueren reconocidos o no se trate de hechos notorios.-

Por ello cabe concluir en la conclusión adelantada en el sentido que el daño es un presupuesto de la responsabilidad civil, de modo que es irrelevante la existencia material del perjuicio si no se lo comprueba apropiadamente.(Conf.LLey 1992-A-314).-

En el mismo sentido se ha sostenido que *"...Uno de los presupuestos fundamentales del reconocimiento de la reparación de daños y perjuicios lo constituye la prueba de la existencia real y efectiva, en concreto de los mismos.... debe traer al litigio la información necesaria para su fijación. La prueba del daño, se ha dicho, es esencial para su admisión judicial, a los fines del resarcimiento..."*(BCNE C y C 981-702 num 10.530, CN Especial Civil y Com. Sala IV Agosto 25-980).-

Por ello, corresponde rechazar la pretensión del accionante que se tome el sueldo básico del camionero a los fines de cuantificar el "lucro cesante pasado", y confirmar el cálculo realizado sobre el S.M.V.M. que realizó el Juez de primer instancia.-

En igual sentido se ha expedido la Excma. C. 4ta. C.C. y ha sostenido que:"...El principio de conservación o restitución de la situación patrimonial previa al hecho, impone acordar prevalencia a la situación real por sobre las cuestiones meramente hipotéticas y retóricas.Para que exista responsabilidad debe existir daño y para que proceda el resarcimiento del daño, su existencia debe ser acreditada toda vez que no hay daño cuando no hay menoscabo o detrimento real."

"Para que exista lucro cesante, debe concurrir la concreta frustración de ganancias o ingresos que, razonablemente se hubiesen obtenido o se podrían obtener en el futuro, de no haber acaecido el suceso dañoso. Si la determinación de un porcentaje de incapacidad genérica, no se traduce en una disminución de los ingresos reales de la víctima, no se justifica el acogimiento del lucro cesante pretendido, sencillamente porque en tal caso no existe lucro cesante."(Sent. N° 137 del 10/10/08 en

autos "CHAVEZ IRIS GLADYS C/ CONIFERAL S.A.C.I.F – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – ACCIDENTES DE TRANSITO – RECURSO DE APELACION- N°386767/36"

Que estimamos justo haber tomado en reemplazo de ingreso del actor, la pauta del salario, mínimo, vital y móvil en sustitución de prueba fehaciente de ingreso, por lo que corresponde confirmar la sentencia de primera instancia.

Con relación a la falta de prueba de los gastos terapéuticos, estimamos que tampoco le asiste razón al apelante, toda vez que el actor ha acompañado diversas pruebas que acreditan la erogación por parte del accionante. Así, con la informativa cursada a Cetes de fs. 265, que acredita el gasto de \$ 40 con relación a la factura de fs. 43, también la informativa de Oulton obrante a fs. 317 a 320 se acreditó el gasto de \$ 120 vinculado a la factura obrante a fs. 42. Asimismo, de la testimonial obrante a fs. 348 donde la Dra. Araceli Lara reconoció la firma y autoría en el recibo de fs. 44 que da cuenta de los gastos por honorarios profesionales de la mencionada médica por la suma de \$ 300. Que con relación a los medicamentos, resulta abundante los remedios requeridos por los médicos que ello incluso surge de la Historia Clínica obrante en autos. Pero de todas maneras, estimamos razonable la suma condenada por el Sr. Juez, toda vez que los padecimientos que tuvo el actor a consecuencia del accidente necesariamente reconocen que debieron efectuarse gastos médicos peticionados por los profesionales que asistieron a la víctima, por lo que el rubro resulta procedente. En cuanto al monto, autorizada doctrina – que comparto – estima que no es óbice para tener por probado el valor de dichos gastos, sino que haya hecho un cálculo global de la atención razonable para curaciones, suma que en el caso se estima prudencial para la naturaleza de la dolencia del actor y el tratamiento consecuente. En tal sentido se ha dicho que en relación a la apreciación de la prueba sobre el monto del daño existe mayor flexibilidad "La apreciación del monto del daño ocasionado en accidentes de tránsito está librado a la prudencia de los jueces, y no requiere pruebas directas ni precisas. Basta que la parte interesada introduzca simples índices que faciliten la tarea judicial (Cám. 1 Civ. Com. y Minería San Juan, 20/4/65 Rep. L.L., XXVII 503-330, S citado por Matilde Zavala de González en "Resarcimiento de daños", t.3 "el proceso de daños" pág. 237). Tampoco es imprescindible acreditar que los gastos han sido ya pagados por el actor, habiéndose probado que los mismos son necesarios como consecuencia de los hechos probados por la actora "No es imprescindible acreditar con comprobantes determinados gastos médicos y farmacéuticos o de traslado, cuando la necesidad de efectuarlos surge de la propia naturaleza de las lesiones sufridas o tratamientos a que ha debido someterse la víctima (C.N.Fed. Civ. y Com., Sala 1, 31/5/90, J.A., 1991 IV síntesis - Citado por Matilde Zavala de

González, op. cit. pág 188). Por todo ello, es que corresponde confirmar lo dispuesto en la sentencia de primer instancia.- -

En cuanto al daño moral, siguiendo el orden que me he propuesto, corresponde ahora examinar el agravio referido al respecto. El art. 1078 del C.C. dispone que "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima...."-

En función de lo que establece este dispositivo, el daño moral comprende todos aquellos padecimientos, aflicciones, sufrimientos y menoscabos en la autoestima de la víctima, que como consecuencia de un hecho dañoso surge el deber de reparación en cabeza del responsable de tal acontecimiento. Así pues, integra la reparación integral que debe obtener todo individuo que sufra un perjuicio sobre su persona, sus derechos o bienes, y que no estuviere legalmente obligado a soportarlo.

Contrariamente a lo que manifiesta el apelante, el daño moral no debe ser probado de manera directa o individualizado, éste surge de la valoración de los hechos acaecidos con motivo del siniestro y de las lesiones sufridas, que, por cierto, se encuentran acreditadas en autos, a través de los informes médicos en las pericias oportunamente glosadas al expediente.

Con estas consideraciones y las testimoniales llevadas a cabo, se destacan los cambios negativos en la personalidad de la víctima a posteriori del infortunio, destacándose la dificultad de insertarse nuevamente en el ámbito laboral, ya que dejó de trabajar con su camión a consecuencia del accidente como consecuencia del golpe sufrido en la cabeza y en la columna, que el perito médico concluye a fs. 344 que "El actor Sr. Felix Angel Figueroa Alcorta presenta Incapacidad Total Absoluta, permanente y definitiva del 150% de la total obrera, gran inválido (no puede valerse por si mismo y para comunicarse, alimentarse, asearse y movilizarse, necesita de terceras personas). Las lesiones traumáticas diagnosticadas a Figueroa Alcorta (Síndrome Cervicobraquial bilateral crónico discopática, artrósica con Anquilosis de Columna Cervical post-traumática y Síndrome de Stres conmocional post-traumático con paraparesia) tienen nexocausal con el accidente que sufriera el día 14/08/01 y le producen incapacidad psico-física anátomo-funcional parcial, permanente y definitiva del 30% de la t.o.(...)Las lesiones sufridas por Figueroa Alcorta durante el accidente del día 14/08/2001 le provocaron sufrimientos y padecimientos: dolor, inmovilidad temporaria, depresión, angustia", ello evidencia los padecimientos que tuvo el actor luego del accidente, por lo que consideramos razonable la procedencia y monto estimado para el rubro.

Acorde con la doctrina y jurisprudencia, la cuantificación de su indemnización es facultad del prudente arbitrio judicial. En este sentido se ha dicho: "La reparación del daño moral, que

se traduce en vivencias personales del afectado que es de difícil determinación, por cuanto el juzgador carece de elementos para precisar cuánto sufrió o sufre el damnificado a raíz del suceso, por lo que la suma que se fija por este concepto queda liberada, más que en cualquier otro rubro a la prudente apreciación del sentenciante" (CNEsp. C y C, Sala V, setiembre 8-1983, Alba de Sainz, Marta E. c/ Allodi, Santiago). "La determinación del monto del daño moral es cuestión sujeta a la sana apreciación judicial" (CNEsp. C y C, Sala IV, octubre 13-1983, Delgado José L. Y otras c/ El Cóndor, Empresa de Transportes, SA y otra).-

Por lo demás, conforme con los peritajes, el actor estaba incapacitado de manera permanente, siendo una persona en plena actividad antes del hecho, y que incluso ha fallecido, como lo sostiene el sentenciante.

Finalmente, no se suministra antecedente comparativo alguno que pudiera evidenciar alguna exageración indebida en la cuantificación de la indemnización, la cual debe satisfacer una efectiva función compensatoria. Así pues y en lo que atañe al monto, él queda huérfano de verdadero agravio, pues no basta aludir a una valuación arbitraria, sin fundar en concreto el gravamen, ni sugerir siquiera cuál sería el alcance resarcitorio apropiado en caso de que (según procede) el daño moral sea reputado como cierto.-

La entidad de las lesiones sufrida por la víctima me conducen a propiciar se confirme el importe de veinte mil pesos más sus accesorios que se ha fijado en la sentencia bajo recurso, toda vez que incluso esta Cámara ha condenado igual suma por una incapacidad del 25%, en el año 2005 en autos "GUTIERREZ DE GARCIA INES ZULEMA C/ QUINTEROS OMAR HECTOR Y OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – ACCIDENTES DE TRANSITO – RECURSO DE APELACION EXP. N° 559442/36", Sent. N° 14 del 01/03/05.-

Por los motivos expuestos corresponde confirmar el rubro daño moral y el monto fijados en la sentencia.-

En cuanto a la regulación de honorarios practicada aduce el apelante que se ha practicado una regulación exagerada y que tiene una relación directa con la totalidad del fallo que se discute, es decir se queja por el monto. Pero estimamos que el monto de regulación practicada al Dr. Alejandro Figueroa Alcorta resulta acorde a derecho, según lo dispuesto por el art. 29 inc. 1) de la ley 8226- vigente a la fecha de la interposición de la demanda- establece que la base regulatoria está dada por el monto de la sentencia, con mas sus intereses, que resultan los intereses judiciales condenados, por lo que practicados los cálculos, el Sr. Juez ha tomado un porcentaje mínimo para la regulación que entendemos como digna y equitativa por la tarea realizada y que deberá confirmarse.- -

Por último, en cuanto a las costas de la primera instancia, y existiendo vencimientos recíprocos, *"El acogimiento parcial de la petición del accionante nos coloca entonces frente al caso de vencimiento recíproco, ya que tanto uno cuanto otro litigante ve desestimada parte de su pretensión."* *"Es así por ello que en tales circunstancias cobra plena aplicación el precepto del art. 132 del Cód. Procesal Civil que dispone expresamente que "las costas se impondrán prudencialmente en relación con el éxito obtenido por cada una de ellas", principio que no sufre excepción en el proceso de daños."*(Conf. TSJ, Sala Civil , Sentencia N°42/2005).-

En consecuencia, y habiéndose establecido la responsabilidad de la demandada, demostrado la existencia del hecho y confirmándose el rechazo del lucro cesante futuro, gastos médicos futuros, consideramos justo imponer las costas de ambas instancias en un treinta por ciento al actor y el setenta por ciento a la demandada.-

Establecer el porcentaje regulatorio de los Dres. Marcelo Rodríguez Fraccaro y Alejandro Figueroa Alcorta, en el treinta y cinco y treinta y tres por ciento del punto medio del art. 36 de la ley 9459, que corresponda, para cada uno de ellos.

Con respecto a las costas de esta Sede del recurso de apelación de la parte actora, se imponen por su orden, toda vez que pudo sentirse con razones fundadas para litigar.-

Así me expido.-

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante, expidiéndome en igual sentido.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. JOSE MANUEL DIAZ REYNA, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal Dra. Graciela M. Junyent Bas, expidiéndome en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. VOCAL DRA. GRACIELA M. JUNYENT BAS, DIJO: Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora, con costas por su orden. II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la demandada, modificando solo la imposición de costas, las que se imponen en ambas instancias en el treinta por ciento al actor y el setenta por ciento a la demandada.- III) Establecer el porcentaje regulatorio de los Dres. Marcelo Rodríguez Fraccaro y Alejandro Figueroa Alcorta, en el treinta y cinco y treinta y tres por ciento del punto medio del art. 36 de la ley 9459, que corresponda, para cada uno de ellos.

Así voto en definitiva.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante, expidiéndome en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. JOSE MANUEL DIAZ REYNA, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal Dra. Graciela M. Junyent Bas, expidiéndome en igual sentido.-

Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora, con costas por su orden. II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la demandada, modificando solo la imposición de costas, las que se imponen en ambas instancias en el treinta por ciento al actor y el setenta por ciento a la demandada.- III) Establecer el porcentaje regulatorio de los Dres. Marcelo Rodríguez Fraccaro y Alejandro Figueroa Alcorta, en el treinta y cinco y treinta y tres por ciento del punto medio del art. 36 de la ley 9459, que corresponda, para cada uno de ellos Protocolícese y bajen.-