

En la ciudad de Necochea, a los 15 días del mes de julio de dos mil catorce, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "P. M., H., c/ V., R. y otros s/Daños y perjuicios" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Humberto Armando Garate, Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza, habiendo cesado en sus funciones el Dr. Garate (Decreto n° 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

## C U E S T I O N E S

1a ¿Es justa la sentencia de fs. 834/843?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 834/843 el Sr. Juez de grado dicta sentencia en los siguientes términos: I) Haciendo lugar a la demanda interpuesta por H. S. P. M. contra R. D. V., P. M. T. y Municipalidad de Necochea.-II) Condenando a los demandados a pagar al actor, dentro del término de diez días de quedar firme la presente sentencia, la suma de pesos doscientos setenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco con dos (\$ 275.965,02), con más los intereses establecidos en el considerando V, calculados desde la fecha del accidente (10 de enero de 1995) y hasta el efectivo pago.- III) Rechazando la demanda deducida contra C. A. P.- IV) Imponiendo las costas de la demanda que prospera a los demandados vencidos, y las de la demanda rechazada respecto del codemandado C. A. P. al actor (art. 68 CPCC). V) Diferiendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que obren en autos pautas para tal fin (art. 51 dec-ley 8904).- Contra dicho pronunciamiento a f.847 el codemandado Sr. P. M. T. interpone recurso de apelación, obrando sus agravios a fs. 903/909.

Por su parte, el Dr. Felipe Muguerza, apoderado del

codemandado R. D. V., interpone formal recurso de apelación a f. 848, obrando sus agravios a fs. 880/887vta.

Contra el mismo pronunciamiento la Dra. Verónica Azcueta, apoderada de la codemandada Municipalidad de Necochea, interpone formal recurso de apelación a fs. 861/vta., obrando sus agravios a fs. 897/900vta.

II) 1- Agravios del codemandado T.:

1.1. En primer término se agravia el recurrente en cuanto el Sr. Juez a quo "hace extensiva la condena al suscripto, fundando dicha sentencia en la 'violación de un deber de previsión concreto', configurando ello una 'omisión culposa', citando los arts. 512, 1074, 1109 del Código Civil."

Aduce que "esta parte considera que la relación de causalidad

-nexo causal- en el caso de autos se halla interrumpida tanto por la conducta del actor de autos (culpa de la víctima), como así también por la conducta asumida por el demandado Sr. R. D. V. como conductor y guardián de la cosa riesgosa..." Manifiesta que "esto es así, debido a que el a quo omite

considerar la conducta asumida por el actor de autos en la sentencia condenatoria, donde ha quedado demostrado con la prueba producida y no valorada por el sentenciante: con la absoluciónde posiciones del suscripto (remito a fs. 429 de autos), con las declaraciones testimoniales del Sr. F. E. G. (ver fs. 462/462 de autos) y de la Sra. C. (ver fs.442/443 de

autos); que el actor de autos no extremó las diligencias / ni previsiones del caso para evitar el accidente que motivara estos actuados, atento que se le alertó sobre la imprudencia de continuar en el lugar del hecho y el peligro para su persona por la circulación de cuatriciclos y/u otros vehículos que podían circular por ese espacio que es un terreno irregular y destinado para la práctica de dichas actividades, es decir que su actuar fue negligente." Por eso es que -añade- "agravia al suscripto la falta de análisis

por el a quo sobre este tópico 'culpa de la víctima', (...) "...sin hacer un primer análisis de lo antes expuesto que fuera planteado en las respectivas contestaciones de demanda y surge de la prueba colectada en autos, configurando así una eximente de responsabilidad para el suscripto." Expresa que "el a quo atribuye plena responsabilidad al suscripto con fundamento en lo prescripto en el art. 512, 1074 y 1109 del Código Civil, y si bien cita prueba en autos no funda en derecho el incumplimiento a lo prescripto en el artículo 1074 del Código Civil en forma precisa y concreta...".

Aduce que "...esta parte no incumplió norma alguna, ya que el lugar estaba debidamente identificado y resultaba suficiente para el poder concedente; a quien debía responder el suscripto en los términos del contrato que lo vincula con el municipio local." Respecto de la obligación de marcar un circuito en el sector médanos a que hace referencia el artículo 53 del pliego de bases y condiciones que fuera citado en la resolución en crisis, aduce que "esta obligación fue cumplida por el suscripto tal como surge de la prueba documental ofrecida y de los testimonios brindados por los testigos C. y G. y de las absoluciones del suscripto." Destaca los informes periciales agregados a fs.674/676 y

680/684 y sostiene luego que "resulta una extralimitación y no tiene asidero jurídico que el suscripto resulte responsable solidariamente de un hecho en el que se probó en primer lugar un obrar culposos del actor y para el caso que Ss. S.s. no lo considere así, también existió en el caso de autos responsabilidad del conductor como guardián de la cosa riesgosa, es decir responsabilidad civil objetiva; sin darse los recaudos de la normativa citada para resultar responsable el suscripto del reclamo de autos." 1.2. En su segundo agravio se agravia del monto fijado para el reclamo del daño emergente, "ya que el a quo condena al pago de \$5965,02, cuando del análisis de las pruebas por el señor juez no resulta dicha sumatoria."

Hace referencia al informe de f. 447 de SANITA NUBIAL, del que "se desprende que fue la propia obra social que cubrió prestaciones (allí descriptas) al actor por la suma de \$3.309,90; es decir se infiere que la misma afrontó el pago de las mismas." Añade que "tampoco resulta en forma clara y concreta los descuentos realizados al actor antes y luego de la fecha del accidente (remito a fs. 473/496 de autos) bajo el código 735 "AMUPECO", llevando a concluir que dichos descuentos NO corresponden con prestaciones médicas recibidas por el accidente".

En conclusión "se rechaza dicho rubro en los montos fijados por el a quo por no resultar ajustados a derecho." 1.3. Se agravia seguidamente del monto fijado en concepto de lucro cesante, "atento que el trabajador durante el tiempo que permaneció convaleciente no sufrió disminución alguna de sus ingresos, tal como surge de los recibos de haberes agregados a fs. 80/101 de autos, y por ende careciendo de sustento fáctico y jurídico la certificación de ingresos realizada en forma particular por un contador (obra a fs.59/60 de autos) que no tiene ningún respaldo (informes/documentos/registros, etc.) que la valide como tal."

Por ello -concluye- "agravia la valoración del a quo de la prueba colectada para tratar de justificar y cuantificar dicho rubro y como así también sus 'estimaciones lógicas' por carecer de basamento jurídico y fáctico para fundar dicho rubro.", el que solicita sea rechazado.

1.4 Critica en su siguiente agravio el monto fijado en concepto de incapacidad sobreviviente "atento que se determina un monto de \$160.000.- sin establecer las pautas para dicha determinación y simplemente citar lo dictaminado por el perito médico en forma genérica, sin concluir sobre particularidades del caso de autos que el perito interviniente expresa a fs. 794 de autos." 1.5. Finalmente en cuanto del rubro daño moral indica que "agravia al suscripto el monto fijado por el a quo donde simplemente cita jurisprudencia y lo dictaminado por el perito médico sobre el mismo, para luego realizar conjeturas y suposiciones para establecer el monto del rubro en cuestión pero nada refiere sobre las pautas consideradas para cuantificar el mismo en

el monto de \$100.000." Sostiene que "se ha omitido considerar el informe pericial obrante a fs. 588/589 obrante a fs. 588/589 de autos del perito psiquiatra Dr. Rodolfo Kurz, el cual dictamina el estado de salud psicológica del actor de autos y a falta de pericia psicológica debió ser considerado por el sentenciante de las presentes actuaciones para emitir su fallo." Hace reserva del caso federal.

## 2. Agravios del codemandado R. D. V.

2.1. Causal de exención de responsabilidad. Omisión de tratamiento y valoración de pruebas que revisten el carácter de esenciales.

En su primer agravio sostiene el recurrente que el art.1113 del Código Civil sólo contempla como causales de excepción la culpa de la víctima o de un tercero extraño, aduciendo que "ambos extremos se dan en el caso de autos y se encuentran probados." Así, expresa que la "culpa" de la víctima surge del testimonio de Fabián Esteban Gerardo de fs. 462 vta. y 463; prueba que -aduce el recurrente- "no es tenida en cuenta para resolver la litis. Lisa y llanamente se omite valorar esta PRUEBA ESENCIAL." Sostiene que "en el nexos causal entre la conducción de V. y el resultado dañoso existen interrupciones provocadas por hechos de la propia víctima y actor. Su permanencia en el lugar, pese a la advertencia del testigo F. E. G., constituye una manifiesta imprudencia, una clara negligencia que provoca el accidente. También rompe el mencionado nexos causal." Respecto de la culpa de terceros, expresa que "surge con claridad de estas actuaciones y de la sentencia misma que condena a la Municipalidad de Necochea y al concesionario P. M. T." Expresa que "la condena a ambos y los fundamentos de la misma, significan la exención de responsabilidad de R. D. V." 2.2. Omisión de la consideración y valoración total y/o parcial de prueba producida.

Expresa el recurrente que "la sentencia se encuentra

aparentemente fundada, ya que -de su atenta lectura ello surge- se sustenta en un criterio del juzgador, unilateral y basado en afirmación dogmática que no encuentra base legal, doctrinal y jurisprudencial".

Destaca el recurrente la declaración testimonial del señor Fabián Gerardo (fs. 462/463) "donde bajo juramento declara que el señor P. M. fue advertido del peligro de encontrarse en la hondonada pues se encontraba dentro del circuito de cuatriciclos, sin valorar la advertencia y permaneciendo en el mismo lugar del accidente". No cabe duda -añade- "que su postura fue negligente." Sostiene luego que "en los puntos C9 y D) el magistrado atribuye plena responsabilidad en la producción del evento a P. M.T., en su carácter de concesionario y titular de la explotación y a la Municipalidad de Necochea, poder concedente. El primero por no haber tomado los recaudos elementales para prevenir accidentes, demarcación, señalización del circuito, además del buen mantenimiento de los vehículos, ya que como surge de la pericial Seguridad e Higiene a fs. 675/676 el cuatriciclo conducido por el señor V., al punto 3. (fs. 676 1° párrafo) el perito manifiesta:

'remitiéndonos al dictamen de la inspección del ciclomotor Honda TRX300 del perito mecánico de Policía, Sr. A. S. D. obrante a fs. 14, el vehículo poseía en funcionamiento solo frenos delanteros, y estos con la palanca quebrada, lo que podría ser de difícil accionamiento, demandando un mayor esfuerzo para el accionamiento del freno'. Esta prueba demuestra la negligencia del concesionario y no fue considerada ni valorada." Concretamente sostiene que "agravia a mi parte la prescindencia de la sentencia en la consideración y valoración de pruebas producidas en autos, que inciden directamente en el resultado condenatorio a mi parte en la sentencia recaída y en los montos fijados en la misma." Aduce que "resulta manifiesto que en la resolución en ataque, se configura un claro absurdo en la apreciación y valoración de la prueba. Realmente se ha omitido considerar la prueba pericial del Doctor Rodolfo Kurz - perito psiquiatra de la asesoría pericial departamental (fs. 588/589), los recibos de sueldos incorporados a estos autos por el mismo actor (fs.

80/101)), la contestación del oficio dirigido a editorial Perfil (fs. 446). Además se toma parcialmente la pericia de seguridad e higiene del ingeniero J. S. .L.

.D. (fs. 675/676vta.); y las testimoniales, no es considerada la del señor G. (fs. 462vta, y 463)..."

2.3. Los montos de la condena no se encuentran justificados en

las pruebas producidas:

2.3.1. En primer lugar se agravia el recurrente del daño

emergente.

Expresa que "A fs.447 SANITAS NUBIAL informa que 'los

gastos médicos sanatoriales o de internación, farmacéuticos, kinesiológicos, psicológicos, psiquiátricos o de cualquier otro tipo que se abonaron (la negrita y subrayado me pertenecen) después de diciembre de 1994 correspondientes a atenciones brindadas al actor H. S. P. M.' el importe de \$3.309,90 -con prácticas odontológicas incluidas- cubre según fs. 448/450 hasta el 30/12/1997 (fecha que no se corresponde con su alta médica) no queda duda que fueron abonadas por la obra mencionada." Sostiene asimismo que "queda poco claro los descuentos

realizados a fs. 473/496 por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, cuando en sus recibos de sueldo anteriores y posteriores al accidente bajo AMUPECO S (código 735) al actor se le realizaban los descuentos por prestaciones médicas. Quiere decir que esos descuentos no obedecieron al accidente."

Concluye señalando que "no corresponde fijar la reparación del rubro en análisis en la suma de

\$5.965,02." 2.3.2. En lo que se refiere al lucro cesante expresa que "hay una incorrecta valoración de la prueba que sustenta la condena y omisión de otras pruebas aportadas incluso por el actor- que reflejan la verdad." Sostiene que "el sentenciante funda su decisión en una certificación de ingresos realizada por un contador particular desde febrero de 1994 a diciembre de 1995 agregada a estos autos a fs. 59/60 que no responde a ningún asiento en libros, ni recibos de sueldo, ni comprobantes que justifiquen las cifras consignadas. No existe ningún respaldo y esa documentación debe ser desechada." Añade que "el a quo omitió la valoración de la prueba aportada

por el mismo actor a fs. 80/101 donde del simple cotejo de los recibos surge claramente que el actor durante su tiempo de convalecencia no sufrió disminución en sus ingresos...". Hace referencia al informe de fs. 473/496 del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contestación de oficio de fs.446; y solicita se rechace la indemnización objeto de agravio.

2.3.3. Seguidamente se agravia del monto fijado por el a quo " para la reparación \$160.000, en tanto no explicita las pautas adoptadas para arribar a esa cifra. Se desconoce el monto remunerativo considerado, el porcentual de incapacidad, etc. lo que coloca a mi parte a una indefensión".

2.3.4. Por último se agravia del monto fijado en concepto de

daño moral.

Sostiene que de la simple lectura de la sentencia "se advierte

que para su cuantificación se remite a la pericial médica" (...) y que "...omite la prueba pericial psiquiátrica...", aduciendo que "el 'seguramente' haya padecido trastornos psicológicos queda lapidariamente desvirtuado con el contenido de la pericial específica que fuera omitida." Solicita se revoque la decisión rechazando en su totalidad el

rubro."

Hace reserva del caso federal.

### 3- Agravios de la codemandada Municipalidad de Necochea.

#### 1. En primer término se agravia la recurrente "de la atribución

de responsabilidad por parte del a quo a mi mandante, entendiendo que el nexo causal de responsabilidad para con la comuna local se encuentra interrumpido en el caso de autos." Expresa que "el Juez de primera instancia consideró en su sentencia la responsabilidad objetiva en el hecho de R. D. V. como conductor y guardián de la cosa riesgosa, excluyendo la aplicación del art.

1113 a la comuna local, dado que el conductor es un tercero para mi

mandante y por su accionar culpable la exime de responsabilidad."

Indica que "el art. 1112 del C.C.no resulta de aplicación en el presente, debido a que no se han individualizado los agentes o funcionarios responsables, que hayan obrado por culpa o negligencia, usándose este artículo para endilgarle responsabilidad al Estado en forma genérica, lo que no se ajusta a la interpretación que debe darse a la norma."

Manifiesta que para la aplicación del citado artículo "es necesario determinar quién o quienes han sido los funcionarios actuantes, cuál era el marco de su función y cuál ha sido puntualmente la acción u omisión culpable." Y que "esto no ha sido demandado en autos, ni probado en autos sino que se intenta forzar la responsabilidad de la comuna local por el poder concedente, situación que en el caso que nos ocupa está mal fallada por el Juez de primera instancia, invocando el art. 1112 del C.C." Indica que "el a quo omitió considerar en la sentencia en crisis, lo planteado por mi parte en la contestación de demanda en cuanto se expresó que no tiene aplicación al presente lo normado en los artículos 1.109 y 1112 del C.C. dado que entraría a jugar la noción de culpa y la responsabilidad de funcionarios (individualizados) por un accionar ilegítimo, que el actor no lo había planteado en su demanda." Señala que "el reclamo contra mi mandante no puede prosperar sobre esta base normativa, pues no puede equipararse el ejercicio del poder de policía y la jurisdicción delegada sobre las playas en cuestión, que tiene el poder concedente, con la aplicación del art. 1113 C.C.en cuanto señala que el responsable es el dueño o guardián de la cosa que provocó el daño."

Añade que "sería un despropósito que la ley no contempla que el Estado fuera considerado siempre solidariamente responsable por omisión de cuidado en cualquier tipo de accidente que se desarrolle en tierras del dominio público puesto que el poder de policía del mismo no es ilimitado, ni omnipresente y omnipotente." Expresa que "la comuna local había concesionado al Sr. P. M. T. el uso y explotación del sector de playa ubicado desde la prolongación de calle 73 hacia la Escollera en una extensión de 160 metros para la construcción de un Complejo Deportivo."

Transcribe el artículo 39 del pliego de bases y condiciones y señala que "la comuna de Necochea no tuvo responsabilidad en el evento dañoso ventilado en el presente." Sostiene que "el nexo causal es inexistente, no puede atribuírsele por el art. 1.113 del C.C. ni por el 1.112 del C.C., dado que su responsabilidad no puede estar respaldada en un deber de vigilancia que es de imposible cumplimiento en los términos y con los alcances que el fallo han quedado planteados, como se expresó." Concluye su agravio aduciendo: "consideramos un despropósito que la comuna local resulte solidariamente responsable por un hecho en el que se probó la culpa del guardián de la cosa riesgosa y la responsabilidad civil objetiva del concesionario por no haber extremado las medidas de seguridad en el predio concesionado. Entendemos que para con la comuna local no existe nexo causal de responsabilidad objetiva." Solicita en consecuencia se revoque "la sentencia de primera instancia en la parte del resolutorio que ordena condenar solidariamente a la comuna local por los daños reclamados, y consecuentemente rechace contra la Municipalidad de Necochea la demanda entablada por el actor en todas sus partes." III) 1. No se encuentra controvertido en autos que con fecha 10 de enero de 1995, siendo aproximadamente la hora 16:30, el actor -Sr. H. S. P.M.- fue atropellado, mientras se encontraba tomando sol en la zona de médanos ubicado próximo a av. 2 y 71 de esta ciudad (v. croquis ilustrativo obrante a f. 6 de la causa penal y plano de f. 674), por el codemandado R. V., quien circulaba conduciendo un cuatriciclo marca Honda TRX 300 EP

que alquilara en el establecimiento "Parada 73", concesionado por la Municipalidad de Necochea al Sr. P. M. T., también demandado (v. demanda de fs. 102/111 y contestaciones de demanda de fs. 199/205vta., 226/237 y 253/257vta.).

Asimismo han quedado acreditadas en autos las siguientes circunstancias que luego serán objeto de tratamiento: 1. Que el hecho se produjo a 150 mts. del lugar donde se alquilaban los cuatriciclos (v. inspección ocular obrante a fs. 5/vta., croquis ilustrativo obrante a f. 6 y pericia planimétrica de f. 20, todos de la causa penal); 2. Que no existía señalización o demarcación de ningún tipo o la misma era muy deficiente (v. inspección ocular obrante a fs. 5/6, fotografías de fs. 45/vta., de la causa penal; declaraciones testimoniales de fs. 441/vta. y 442/vta.; absolución de posiciones del codemandado T., fs. 429/vta., v. resp. a la cuarta ampliatoria; v. absolución de posiciones codemandado V., fs. 558/vta, resp. a las posiciones séptima, octava y décimo tercera); 3. Que el cuatriciclo ascendió por un médano y al comenzar el descenso se encontró con el actor quien se encontraba acostado tomando sol (v. absolución de posiciones del codemandado V., obrante a fs. 558/vta., resp. a las posiciones novena, décimo primera, décimo tercera; demanda de fs. 102/111 y contestaciones de fs. 226/237 y fs. 253/257vta.; declaración obrante a fs. 2/vta. causa penal ); 4. Que el cuatriciclo sólo tenía frenos delanteros (v. dictamen obrante a f.

14 de la causa penal).

2. Comenzando ahora por los agravios vertidos por el codemandado T., cabe en primer lugar encuadrar normativamente la responsabilidad que se atribuye al mismo.

En efecto, si bien el Sr. Juez de grado fundó la responsabilidad de esta parte en lo dispuesto en los arts. 512, 1074 y 1109 del Código Civil (ver f. 839vta.), al entablar su demanda el actor expresamente afirmó: "...El concesionario incurre en la responsabilidad impuesta por el artículo 1113 del C. Civil, como guardián de la cosa riesgosa (art. 1113 in fine) y/o por los daños que causaren las cosas que tiene a su cuidado (1ra. parte del art.

1113 del C. Civil)" (f. 105vta.). Y sobre ese presupuesto se defendió la parte, sin negar su calidad de guardián (v. fs. 253vta./255 y f. 256).

Es en consecuencia este marco normativo el que ha de primar en el tratamiento de la responsabilidad de este codemandado toda vez que no sólo en virtud del brocardo iura novit curia este tribunal no queda ligado al fundamento de ley aplicado en la instancia sino que además, como se señalara, el demandado tuvo suficiente oportunidad de defenderse y ofrecer prueba en los márgenes de ese contexto legal.

Sentado lo anterior, debe señalarse que en el caso de autos, el concesionario resultaba titular de una actividad riesgosa y guardián del cuatriciclo que provocara las lesiones del actor.

Así entonces, su responsabilidad ha de analizarse bajo el prisma de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal que establece: "La teoría del riesgo creado regula la atribución de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y constituye el principio rector en este tema. Cuando el daño se produce en virtud de que ha actuado una cosa que produce riesgo o vicio, los responsables son el dueño y el guardián de la cosa que lo generó. (SCBA, L40968 S 18/4/89, JUBA B14164; AC. 65924 S 17/8/99, JUBA B25101; AC. 33155, S 8/4/86, AC.37488 S 2/2/88, JUBA B7301).

Sin perjuicio de resultar el guardián de la cosa riesgosa con la que se provocara el ilícito, cabe agregar que en el caso, como se anticipara, nos encontramos en presencia de una actividad riesgosa consistente en el alquiler de cuatriciclos, instalada en un sector de la playa abierto al uso irrestricto de bañistas.

En efecto, como se ha sostenido "Puede admitirse que el art.

1113, párr. 2º, segundo supuesto del Cód. Civil, contempla la responsabilidad civil por actividades riesgosas o sin ellas (Bueres, Atilio Alterini, Trigo Represas, Mosset Iturraspe,

Goldenberg, Gabriel Stiglitz, Gesualdi y Pizarro, entre otros)." (conf. Bueres-Highton, Código Civil, t. 3 A, pág. 555).

Como se expresa en la obra dirigida por Bueres-Highton: "Estamos convencidos de que el art. 1113 del Cód. Civil, correctamente interpretado, da pie para sostener que caen bajo su órbita todos los supuestos de daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada, intervenga o no una cosa. La esencia de la responsabilidad civil que consagra dicha norma está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables por extensión a otros supuestos de riesgo creado (v.gr. actividades riesgosas realizadas sin la intervención de cosas) y a otros posibles sujetos pasivos, distintos del dueño y del guardián (v.gr., quien genera, controla, potencia o fiscaliza la actividad riesgosa)" (ob. y pág. cit.).

Sentado ello, y en virtud de esta doctrina, que emana de lo

dispuesto en el art. 1113 segunda parte del segundo párrafo del C. Civil, la atribución de responsabilidad sólo puede ser desvirtuada acreditándose la ruptura del nexo causal; lo que en el caso, este demandado no ha logrado demostrar.

En efecto, a fin de eximirse de responsabilidad adujo: "El día 10 de enero de 1997, el sr. P. M. se dirigió al lugar, donde posteriormente fue embestido por el cuatriciclo de alquiler, en el pleno conocimiento del riesgo que asumía, atento que como se acredita mediante acta notarial que se acompaña, existía en el sector una demarcación y señalización suficiente como para que cualquier persona que ingresara al espacio de cuatriciclos tuviese conciencia del riesgo que ello presentaba." "Pero no sólo por esta circunstancia resulta supina la imprudencia del actor sino que, además, momentos antes de que aconteciera el infortunio, un empleado de mi concesión le advirtió personalmente del peligro que corría descansando en ese lugar, pero el actor no le dio importancia alguna y con gestos de malestar le exigió al Sr. Fabián G. que se retirara y lo dejara tomar sol tranquilo."

Y añade: "asimismo realicé una campaña publicitaria a fin de poner en conocimiento de la población en general de la existencia de un espacio concesionado, logrando con la misma prevenirlos y publicitar mi emprendimiento." (v. contestación de demanda obrante a fs. 253/257vta., pto. 5. REALIDAD DE LOS HECHOS).

Posteriormente, en el acápite 9 CULPA DE LA VICTIMA

expresa: "en el presente caso existe una notoria imprudencia por parte de la víctima que exime de responder a todos los sujetos pasivos del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil." Respecto del acta notarial obrante a fs. 243/251bis, ha de señalarse que la misma no puede ser atendida en tanto nunca se dio traslado al actor de la misma conforme fuera ordenado a fs. 285, segundo párrafo, lo cual se desprende de la nota obrante a continuación de dicha providencia, de la que surge que se libraron dos cédulas, una a extraña jurisdicción y la otra local; la primera se supone que dirigida a la citada en garantía (v. pto. 6) y la segunda al Sr. Blanco (v. pto. 4 y f.312).

Este demandado no instó entonces dicha notificación lo que se infiere además de que en ningún momento solicitara que se tuviera por no contestado dicho traslado y de ese modo se arribó a la siguiente etapa sin cumplirse con dicho trámite.

Como se dijera anteriormente, el acta no puede ser considerada y así también lo entendió el recurrente que si bien hace una referencia a la 'prueba documental ofrecida' (v. segundo párrafo, f. 906) no apoya su agravio en dicha acta.

Sentado lo anterior y contrariamente a lo que afirma el recurrente, ha quedado acreditado en autos que el sector no contaba con la suficiente señalización que alertara la existencia de un circuito de cuatriciclos, incumpliendo de este modo la cláusula 53 del pliego de condiciones 'USO DE LA UNIDAD LICITADA' que expresamente establece:

"El tipo de servicios a explotar en la unidad será la Actividad Deportiva como: Motos de Agua, Surf, Wind Surf, Kayaquismo, Triciclontes, para los que se marcará un Circuito en el Sector de Médanos".

En efecto, en el acta de inspección ocular obrante a fs. 5/6 de la causa penal agregada por cuerda se consigna: "Con respecto al lugar de los hechos en sí, se trata de una zona de médanos con depresiones, tamariscos, que termina en el mar, en el lugar no se observa ningún tipo de identificación, respecto de carteles indicadores que el lugar sería una pista de cuatriciclos" (v. asimismo croquis de f. 6 y pericia planimétrica de f. 20).

En coincidencia con ello, resultan relevantes las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 441/vta. y 442/vta. de los Sres. P. y G., respectivamente, ambos guardavidas de la zona de los hechos, desde hacía aproximadamente 20 años (v. respuesta a la preg. décimo tercera).

Concretamente y respecto de la señalización, el testigo Fernando Ramón P., al contestar la pregunta décima -'Que en la zona hubiera algún cartel indicador del circuito de cuatriciclos'- expresa: "Yo no ví ningún cartel". Asimismo, al responder la pregunta décimo primera -'La existencia de alguna señalización o limitación que indicara que dicha zona era de uso exclusivo para circular con cuatriciclos'- declara: "Yo no ví ninguna marcación del predio ese" (v. f. 441).

En similares términos el Sr. G. al contestar la pregunta décima responde: "No, no sé si había", y cuando responde la pregunta décimo primera afirma: "No, nunca hubo." Ello coincide, por lo demás, con la absolución de posiciones del codemandado V., quien afirma que en el área de los hechos "no había ninguna demarcación, eran todos límites naturales" (v. resp. a la posición séptima) y que no había cartel alguno en el circuito (v. resp. a la posición octava).

Tampoco resulta relevante ni exime la responsabilidad del codemandado T. el hecho de que un empleado de la concesión haya advertido al actor del peligro que corría.

En efecto, ha que dado acreditado que el actor se encontraba acostado tomando sol a escasos ciento cincuenta metros del puesto donde se alquilaban los cuatriciclos (v. croquis obrante a f. 6 de la causa penal); y aún dando por cierto de que fue advertido de la presencia de la circulación de éstos (v. declaración testimonial obrante a fs 462/463, resp. a la primera repregunta efectuada por el Dr. Muguerza), ello no empece a su responsabilidad ya que en todo caso, si el empleado G. advirtió esa presencia, debió evitar que por allí circularan cuatriciclos, acudiendo eventualmente a las vías pertinentes a fin de que esa persona no permaneciera allí, en el caso -no contenido en el pliego- de que el acceso estuviera prohibido a los bañistas. De cualquier modo, lo cierto es que no tomó los recaudos necesarios para evitar que la actividad riesgosa se desarrollara de una manera desaprensiva, principiando por no haber delimitado circuito alguno. En tanto la obligación de seguridad que pesa sobre quien explota una actividad riesgosa se extiende respecto de las personas que, aún advirtiendo el desarrollo de esa actividad, permanecen en el lugar, por encontrarse abierto al público (arg. art. 1198 Cód. Civ.).

Por último, la realización de una campaña publicitaria -que no fue acreditada- tampoco resulta una conducta eficiente -como se pretende- para prevenir hechos como los de autos.

Por las razones hasta aquí apuntadas y no habiéndose acreditado la eximente, corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto atribuye al codemandado la responsabilidad que emana del art. 1113 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil.

Además, a idéntica conclusión se arriba si se articula dicha regla con la responsabilidad que emerge de una relación de consumo.

En efecto, si bien en un precedente atinente a la problemática del fútbol y en aplicación a la ley de violencia de espectáculos deportivos Nro. 23.184, la Corte Nacional in re "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y ot.", (marzo 06 de 2007, LL 2007-B págs. 259/276) dejó sentado que los fundamentos que daba entonces emanaban de pautas y principios generales referidos a la responsabilidad por daños que entonces se reiteraron. Señaló así que por aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional el organizador responde objetivamente por hechos

vinculados inmediatamente a su accionar y previsibles al momento de organizarlos, respecto de las personas que aún ajenas a éste, se encuentran en el lugar asignado para su desarrollo y aún en sus inmediaciones (advírtase que en el caso ni tan siquiera se completó el pliego delimitando la extensión de playa que se concedía -v. artículo 45 CARÁCTER DE LA LICITACION, f.

133-).

Como se sostiene en el mencionado fallo, "Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art.42 de la Constitución Nacional que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales." "Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad - prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad -que en este caso debe ser entendida como el simple derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno- es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan cuando éstos importan algún riesgo para los asistentes, así como de las autoridades públicas encargadas de la fiscalización." De este modo, también se concluye entonces, en la responsabilidad del recurrente, y se avizora con esta última cita y con la que se consignara de la obra de Bueres-Higthon (Código Civil T. 3ª Responsabilidad Civil, pág. 555), la que puede endilgarse al municipio conforme se expondrá a continuación.

3.En lo que atañe entonces a la responsabilidad de la Municipalidad, ha de tenerse presente la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia Provincial que señala que "la responsabilidad del Estado puede ser originada tanto por su actividad como por su comportamiento omisivo: un 'no hacer'. En este último caso, lo que lo convierte en un ilícito sancionable es que el mismo constituya un deber jurídico que el sujeto debe cumplir." "En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la obligación del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de abstención. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuársele recurriendo a la norma del art. 1074 del Código Civil que permite ubicar en ella el tema de la Responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención (conf. Ac. 73.526, sent. del 23/11/2000, DJBA, 158100; M. Marienhoff, 'Responsabilidad

Extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público', ED, 169 p. 1096)." (conf. C90664, "Acuña, Luis E. y ots. contra Rosano, Mariano E. y ots. Daños y perjuicios", 11-04- 2007).

En el caso el actor sostiene que el municipio resulta responsable en tanto "debió ejercer debidamente su poder de policía, emergente de la concesión y de su función específica dentro de su jurisdicción". Debe en consecuencia analizarse si tal circunstancia produce como consecuencia el deber de reparar de la comuna.

Como sostiene el Máximo Tribunal Provincial en el citado precedente "no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que pueda serle objetivamente imputado. Así, sólo deberá responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal." Y añade:"El estado resultará entonces civilmente responsable siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación y el daño producido, es decir cuando el damnificado demuestre la existencia de un obrar u omisión de un deber a cargo del Estado, a consecuencia de lo cual hubiese sufrido un perjuicio", remarcando que "hay que analizar detenida y especialmente la relación de causalidad entre la omisión y el

daño." En un precedente que guarda similitud en sus elementos relevantes, el Superior Tribunal ha señalado que cuando un decreto municipal autoriza determinada obra obligando al propietario a determinadas condiciones de seguridad, el Estado debe "constatar antes y controlar después el cumplimiento de los recaudos a que se condicionó la autorización solicitada y concedida, y el daño que resultó en relación causal con la omisión lo responsabiliza pues no cumplió con su deber de vigilancia y custodia, absteniéndose en un tema en que estaban en juego intereses particulares cualitativamente relevantes como son el derecho a la vida e integridad física de la población." (C73526, "Vargas, Pabla contra Club Náutico Hacoaj. Daños y perjuicios", 23-02-2000).

Recordando lo declarado por la Comisión n° 3 del II Congreso Internacional de derecho de Daños (Bs.As., 1991) citado por A. Kemelmajer de Carlucci in re "Norton, María C. c/Municipalidad e Godoy Cruz" en La Ley 1997B92, se sostiene: "En principio, el Estado responde por sus simples actos omisivos cuando existe una norma que imponga el actuar. La simple omisión que genera el deber de reparar es aquella que guarda adecuada relación de causalidad. El juez debe ser estricto en la apreciación del nexo causal".

En tal contexto estimo que tal como se resuelve en la instancia, se hallan en autos acreditados los extremos que hacen procedente la pretensión resarcitoria contra el Estado.

En efecto, ha quedado acreditado en autos que la Municipalidad adjudicó al codemandado P. M. T. la concesión para su explotación de la unidad turística ubicada desde la prolongación de calle 73, por un canon de pesos seis mil (\$6.000) de conformidad al Pliego de Bases y Condiciones y las cláusulas del contrato a suscribirse hacia la escollera con frente de 160 mts. (v. decreto de f. 251; contrato de concesión de fs. 257/258 de la causa penal agregada por cuerda).

Como se desprende de las pruebas colectadas (inspección ocular obrante a fs. 5/6, croquis ilustrativo, declaraciones testimoniales obrantes a fs. 441/vta. y 442/vta.) y siendo por lo demás público y notorio que el sector dado en concesión se encontraba en una zona de la playa de máxima concurrencia de bañistas, contiguo a los balnearios habilitados.

Los bañistas, como ya se observara, tenían libre acceso al sector, por el que podían circular y detenerse sin restricción alguna. Así entonces los riesgos de la actividad que se autorizara eran de una gravedad

inusitada.

La misma comuna así lo observó al otorgar la concesión cuyo pliego licitatorio, en el art. 53 ya citado, previó para los "triciclones" (vehículo de los enunciados, el más semejante al que participara en el hecho), la marcación de un circuito en el sector de médanos. En efecto, señala dicha cláusula "El tipo de servicios en la unidad será la Actividad Deportiva como: Motos de Agua, Surf, Wind Surf, Kayakismo, Triciclones, para los que se marcará un circuito en sector de médanos; Autos Eléctricos, Canchas de Voley, Fútbol Playero, y toda otra actividad que sea autorizada por la Secretaría de Turismo. Debiendo contar con los servicios de Snack Bar y/o Restaurante." (f. 621).

Por su parte, el artículo 31 del mismo Pliego (v. f. 611), establece: "El cumplimiento de este contrato en cuanto a las obligaciones a cargo del concesionario será controlado por la Municipalidad, mediante la realización de inspecciones de las obras, instalaciones y prestaciones de servicios, auditorias, solicitud de informes y todo otro procedimiento que aquella juzgue adecuado." Así entonces, la comuna omitió constatar antes, y controlar después, el cumplimiento de los recaudos a que condicionó la concesión, fiscalizando no solamente que se demarcara eficientemente el circuito, sino además que se cumplieran todas aquellas condiciones de seguridad que permitieran el desarrollo de esas actividades de un modo razonablemente seguro, inherente al riesgo que creaba.

Y dicha omisión guardó eficiente relación causal con el hecho. En efecto, la Municipalidad debió controlar la efectiva demarcación del circuito para el uso de cuatriciclos (v. experticia de

fs 675/676vta., respuesta al pto. 1), lo que a la luz de las constancias de autos no hizo, y ello incidió causalmente en el hecho acaecido.

4. Resta considerar la responsabilidad del conductor del cuatriciclo y en este aspecto la sentencia habrá de ser revocada.

Conforme quedara expuesto, el hecho encuadra en las previsiones del art. 1113 del Código Civil, actividad riesgosa con el uso de un cuatriciclo, de la que este recurrente participara como conductor del vehículo.

Siendo ello así, la atribución de responsabilidad, también a su respecto, sólo podía ser desvirtuada acreditándose la ruptura del nexo causal.

En el caso, al contestar demanda el accionado adujo: "En el nexo causal entre la conducción de mi mandante y el resultado dañoso existen interrupciones provocadas por hechos de terceros y de la propia víctima, que demuestran que el hecho ocurre por culpa de terceros (concedente y municipio) y de la propia víctima al tomar sol en una pista de cuatriciclos, ubicado el actor tomando sol en un lugar donde su presencia no podía ser descubierta con antelación suficiente para evitar el hecho." Ahora bien, conforme quedara expuesto en los puntos 2 y 3 de la presente, el concesionario no cumplió las medidas de seguridad inherentes a la actividad de la explotación comercial desarrollada; concretamente omitió marcar un circuito en sector de médanos, como era su obligación de conformidad a lo establecido en el art. 53 del pliego de bases y condiciones. La comuna, por su parte, no realizó las medidas de inspección y control idóneas para evitar el hecho de autos (art. 31 del citado pliego).

Tales circunstancias demuestran en el caso la ruptura del nexo causal y eximen de responsabilidad al conductor demandado.

En efecto, si bien es cierto que prestó su expresa conformidad para la práctica de la actividad riesgosa, contratando el alquiler del cuatriciclo, ello no implica que quien la organiza y fomenta deba dejar de otorgar las mínimas condiciones de seguridad para que quien practique la actividad no se encuentre con contingencias que en modo alguno puedan ser previstas, aun poniendo la máxima diligencia y prudencia en su ejecución.

Es característico del sector dado en concesión la existencia de médanos y por allí debían circular los cuatriciclos; es decir, subiendo y bajando médanos. Siendo ello así, debió el concesionario extremar medidas de seguridad, y en tal contexto, la demarcación del circuito resultaba primordial; no habiendo tal demarcación resulta relevante observar: 1) que el hecho se produjo a sólo 150 metros del lugar de alquiler (v. croquis f. 6 causa penal).

2) Que el conductor era un turista domiciliado en Tierra del Fuego (v. contestación de demanda, pto. I PERSONERIA., f.226), quien no se puede presumir que conociera la zona.

3) Que como relata al absolver posiciones, lo que no se encuentra controvertido (v. en igual sentido contestación de demanda, pto. II EL HECHO, f. 227): "Cuando llevaba unos cinco minutos (no cree que haya sido más porque recién habían salido del parador) fue que ocurrió el accidente. El peritaje que se hizo indicó que no era a más de cien metros del lugar donde se alquiló el cuatri. Habían otros cuatriciclos circulando por la zona. No tenía idea que al saltar uno de los médanos iba a haber alguien tomando sol, por eso no pudo evitar el accidente." (f. 558vta.).

4) Que en esas condiciones es razonable concluir que no podía prever dicha presencia.

5) Que prácticamente se le invitara a remontar médanos que resultaban, de hecho, trampas mortales para otros turistas que podían encontrarse del otro lado de la cuesta. Como observa el perito, este tipo de terreno hace que los obstáculos ubicados en las hondonadas no sean visibles para los conductores de los cuatriciclos hasta que se encuentren ingresando a ellas (v. respuesta al pto. 4 dictamen pericial obrante a fs. 675/676vta.).

6) Por último, no puede soslayarse que el cuatriciclo rentado no contaba con las condiciones de seguridad adecuadas: Así, en la pericia obrante a f. 14 de la causa penal el profesional dictamina: "Con respecto al sistema de frenos el delantero posee manivela de comando quebrada en su parte media pero funciona perfectamente, con respecto a freno trasero no funcionar, por carecer de la mordaza del mismo. Con respecto a las cubiertas, las mismas poseen un desgaste del 50% aproximadamente." Y en el informe pericial de estos autos (v. fs. 675/676), el perito afirma: "remitiéndonos al dictamen de la inspección del ciclomotor Honda TRX300 del perito mecánico de Policía, Sr. A. S. D. obrante a fs.14, el vehículo poseía en funcionamiento solo frenos delanteros, y estos con la palanca quebrada, lo que podría ser de difícil accionamiento, demandando un mayor esfuerzo para el accionamiento del freno" (v. respuesta al pto. 3 f. 676).

Ello coadyuvó a que el conductor viera disminuidas sus posibilidades de detención, máxime en las circunstancias antes descriptas.

En función de lo expuesto cabe concluir que las conductas ya anteriormente descriptas de los codemandados T. y Municipalidad de Necochea se erigen como factor excluyente de la responsabilidad de este codemandado V. en los términos del art. 1113 segundo párrafo del Código Civil.

5. Despejada la cuestión anterior, ha de ingresarse al tratamiento de los rubros indemnizatorios; y en tal cuestión, atento la solución propiciada en el punto anterior, sólo han de abordarse los agravios deducidos por el codemandado T.

5.1. Principiando por el daño emergente, y tal como surge de la demanda, el actor petitionó en concepto de indemnización por este rubro la suma de pesos cinco mil setecientos treinta y siete (\$5.737), ello, considerando "la gravedad de las lesiones detalladas en el acápite 3 precedente in fine, la complejidad del servicio requerido para su curación, la intervención quirúrgica realizada la permanencia en terapia intensiva, la prolongación del tratamiento, especialmente psicológico y kinesiológicos". (v. pto. 6 REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. A) DAÑO EMERGENTE.

Ahora bien, a tenor de la prueba rendida en autos (v. fs. 447,

473/496, 510/511) la suma fijada en la instancia (\$5.965,02) resulta adecuada, sin que las objeciones traídas por el recurrente puedan ser acogidas.

En efecto, en primer lugar ha de señalarse que aún cuando el actor se hubiera hecho atender en un establecimiento asistencial público o contara con una obra social ello no impide su derecho al resarcimiento, ya que no toda atención es gratuita y siempre existen gastos que ha de solventar el paciente.

En tales términos, ponderando las lesiones sufridas por el actor

(v. pericia fs.733/798; informe Hospital Municipal de Necochea (fs. 406/409, 594/596; informe Clínica Regional (fs. 384/398); informe Hospital Italiano de Buenos Aires (fs. 573/574) y aún considerando la cobertura de la obra social con que contaba, la suma fijada en la instancia resulta a todas luces prudente, por lo que propicio su confirmación.

5.2. Resulta asimismo adecuada la suma de pesos diez mil

(\$10.000) fijada en la instancia en concepto de lucro cesante.

En efecto, la certificación contable obrante a fs. 59/60 que acredita que el actor contaba con mayores ingresos a los percibidos con anterioridad al acaecimiento del hecho (v. asimismo recibos de sueldos obrantes a fs. 80/101), resulta suficiente para considerar razonable la presunción a la que arriba el Sr. Juez para fijar este prieto importe (art. 384 y arg. art. 209, inc. 4 del CPC).

5.3. Siguiendo con los rubros indemnizatorios, ha de considerarse ahora los agravios dirigidos por el demandado contra el monto fijado en sentencia en concepto de incapacidad sobreviniente, que asciende a la suma de PESOS CIENTO SESENTA MIL (\$ 160.000.-). Al respecto, como afirma Zavala de González (Resarcimiento de daños, 2ª., Daño a las personas, pág. 318 y sgtes., la integridad de la persona tiene por lo común un valor económico instrumental, como capital destinado a ser normal fuente de beneficios, económicos y de toda índole. Su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo real.

De allí que el daño a la existencia o potencias humanas también es susceptible de apreciación pecuniaria, como lo exige el art. 1068 del Código Civil al conceptualizar el daño patrimonial; el nivel de vida material no se mide sólo por los ingresos actuales o certeramente esperables en el futuro, y sí también por la calidad de las expectativas existenciales derivadas de la integridad psicosomática y espiritual del sujeto, como instrumento para la obtención de logros pecuniarios (bienestar dinerario o material en general) (ob. cit. p.55). En este caso, el daño ocasionado a la víctima queda constatado por el dictamen pericial obrante a fs. 794/798, del que se desprende que el actor sufrió "un politraumatismo por accidente en la playa (de acuerdo a lo manifestado en demanda) donde surge arrollamiento por cuatriciclo. Ingresando a Terapia Intensiva de la Clínica Privada Regional de Necochea, se diagnostica politraumatismo, traumatismo de cráneo y shock hipovolémico (fs. 35). Recuperado de su impacto inicial, es operado con diagnóstico de hemorragia interna por rotura de bazo, y se le realiza esplenectomía (resección del bazo)." "Se diagnostica además, fractura del 6° arco costal derecho, con hemotórax y hemorragia subaractonoidea (consecuencia de trauma craneano, con hemorragia en el espacio subaracnoideo)."

"Luego de 10 días de internación, es derivado al Hospital Italiano de Bs. As. Donde permaneció internado 9 días más (fs. 12 y ss)." (v. respuesta al pto. a) Lesiones sufridas).

Afirma luego el perito que "el bazo es un órgano vinculado a la hematopoyesis (relacionado con la producción de glóbulos). También participa en la destrucción de las plaquetas. Tiene también otras funciones inmunológicas y poco conocidas. Resulta claro que los pacientes con falta de bazo sufren de labilidad a ciertas infecciones (neumococo, meningococo y otras). Por este motivo estos pacientes deben recibir vacunación y protección contra ciertas infecciones producidas por esos gérmenes. En otras palabras, son pacientes lábiles a ciertas infecciones." (v. respuesta al pto. c).

Posteriormente, al responder acerca de las secuelas derivadas del accidente, el profesional sostiene: "El politraumatismo sufrido por el paciente H. Paéz M., le ocasionó trastornos orgánicos -y seguramente psicológicos- en forma inmediata y remota. En la actualidad persisten las secuelas permanentes como la pérdida del bazo y la eventración descrita. (...) La eventración es una dehiscencia de la pared abdominal en el sitio de la incisión operatoria. Es una falla de cicatrización con apertura de los tejidos (músculos, especialmente) lo que permite la salida al exterior (debajo de la piel) del contenido visceral abdominal, ocasionando molestia y peligros de estrangulación. Se debe tratar con cirugía reparativa del defecto, para permitir evitar complicaciones." Concretamente, al responder respecto de la incapacidad (v. resp. al pto 5.), el perito refiere: "Se mencionaron como secuelas físicas, la pérdida del bazo y la eventración. La primera origina, según baremo de la ley 24.557 que sólo se utiliza aquí como referencia no vinculante, una incapacidad entre 25 y 30% de la Total Obrera. La eventración descrita, de acuerdo al mismo parámetro, una incapacidad de 13-16%. Considerando la actividad del actor -administrativa- se puede considerar a los términos medios de esas cifras como adecuadas.

Y añade en la respuesta al punto 2 (f. 798): "Debido a la magnitud del politraumatismo, se puede inferir una incapacidad total transitoria -período de recuperación- de las lesiones, en unos 60 días. (...) Respecto de la incapacidad parcial y permanente -según lo descrito en la respuesta N° 5 anterior- responde a la pérdida del bazo y la eventración, como secuelas permanentes y en un porcentaje entre 25-30% y 13-16% respectivamente." Todo ello como se dijera, permite reafirmar en el actor una grave disminución de su capacidad psicofísica en sentido amplio, que comprende, además de la aptitud laboral, la relacionada con su actividad social, cultural, deportiva, etc., que habrá de insertarse en su propio contexto personal (arts.

1068, 1069, 1083, 1109, 1113 y concs. Código Civil; art. 75 de la Constitución Nacional, art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12, inc.3º de la Constitución Provincial).

Ello así, atento la edad del actor al tiempo de producirse las lesiones -44 años-, las que han disminuido su integridad física (incapacidad total transitoria durante el período de recuperación de lesiones e incapacidad sobreviniente parcial y permanente), su situación social y laboral (se desempeñaba como asesor del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires); las limitaciones que importarán para su futura -con relación al ilícito- inserción laboral atento los años de vida útil que desde entonces le restaban, ponderando asimismo la posibilidad de mayores ingresos así como las vicisitudes propias de la vida laboral y teniendo en cuenta que el rubro ha sido cuestionado sólo por considerarse elevado -lo que impide a esta alzada ponderar por el contrario si el mismo fue exiguo-, ha de confirmárselo sin necesidad de recurrir a fórmula alguna.

En efecto la simple evidencia que resulta del cálculo que surge de comparar los años de vida útil que aún tenía desde el ilícito con la suma otorgada (que arroja alrededor algo más de pesos siete mil por año) es indicativa por sí misma de que el agravio no puede ser atendido (art. 1083 del C. Civ.).

5.4. Por último, en cuanto al daño moral reclamado, siendo que el mismo consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. Zavala de González, ob. cit., p. 49 y especialmente págs. 553 y ss. 594 y ss.), estimo que el actor inexorablemente y en virtud de las lesiones padecidas que da cuenta la pericia médica y el tiempo de convalecencia que ya fueron referenciados, sufrió un desmedro en su esfera espiritual que debe ser resarcido (art.1078 del CC).

No puede soslayarse al respecto que como refiere la pericia médica "De acuerdo a lo observado en su historia clínica de ingreso a la Clínica Privada Regional de Necochea, estuvo en estado de shock (= mala perfusión sanguínea tisular), con hipotensión y peligro de muerte." Por tales razones, ponderando el perjuicio sufrido por el actor a raíz de las lesiones padecidas, tiempo de convalecencia y riesgo de muerte, estimo adecuada la suma fijada en la instancia de pesos cien mil (\$100.000), la que se corresponde con otros precedentes de este tribunal, vgr. reg. int.

48 (S) 28-05-2013 (arts. 375 CPC; 1078 Cód. Civ.).

Por las consideraciones expuestas y con las modificaciones propiciadas, a la cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:

Corresponde confirmar la sentencia de fs. 834/843, excepto en lo que atañe a la condena de R. D. V., respecto de quien la demanda debe ser rechazada.

Las costas de ambas instancias se imponen en su totalidad a

los demandados vencidos, incluyendo las generadas por la presentación del codemandado R. D. V. -respecto de quien se rechaza la demanda-, en tanto el actor contaba con motivos suficientes como para dirigir contra éste también su pretensión (art. 68 CPC); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 31 ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

## S E N T E N C I A

Necochea, de julio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se confirma la sentencia de fs. 834/843, excepto en lo que atañe a la condena de R. D. V., respecto de quien la demanda debe ser rechazada. Las costas de ambas instancias se imponen en su totalidad a los demandados vencidos, incluyendo las generadas por la presentación del codemandado R. D. V.; difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 31 ley 8904). Devuélvase juntamente con los autos principales, la causa "V., R. S/LESIONES CULPOSAS. VMA. P. M., HERNAN S.". Téngase presente la Reserva del Caso Federal. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (Arts. 47/8, Ley 5827).

Dr. Oscar A. Capalbo Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara Juez de Cámara

Dra. D.a M. Pierresteguy

Secretaria