**Registro N° 125 /2020**

 **Folio 799/803**

En la ciudad de Pergamino, a los 15 días del mes de septiembre de 2020, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° **3891** caratulada **"GODOY BRAIAN MATIAS C/ SAN MARTIN MAURICIO IVAN Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)"**, Expte. N° 59813 del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Bernardo Louise, Graciela Scaraffía, Roberto M. Degleue, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?.

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A la primera cuestión el señor Juez Dr. Bernardo Louise dijo:

Que llegan los autos a esta Alzada por conducto del recurso de apelación deducido por la parte demandada mediante presentación electrónica de fecha 23/4/2020 contra la sentencia dictada a fs. 233/239.

En ella, el Sr. juez de la instancia anterior resolvió e hizo lugar a la demanda instaurada por BRAIAN MATIAS GODOY y condenó en consecuencia a MAURICIO IVAN SAN MARTIN y COOPERACION MUTUAL PATRONAL SMSG, a abonar a la parte actora dentro de los diez días de notificada la presente, la suma de UN MILLON CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES pesos CON 99/100 ($ 1.186.453,99), con más sus intereses calculados a partir de la fecha de la mora (19/03/17), los que habrán de liquidarse "... según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días...", vigentes en los distintos períodos de aplicación ( SCBA, Ac. 2078, 15-06-2016), con la salvedad del rubro tratado en el considerando V.- Ap. c) que se computarán en el modo allí establecido. Aplicó las costas a la parte demandada y a la citada en garantía, que resultan vencidas (Art. 68 C.P.C.).

La parte apelante expresó agravios por presentación electrónica de fecha 12 / 06 / 2020, que mereció respuesta de la parte actora por la misma vía en fecha 29 / 06 / 2020.

En fecha 6 de Agosto de 2020 de oficio se suspendió el llamamiento de autos para sentencia y se solicitó al Sr. Perito Médico de intervención en estos autos que aclare los puntos requeridos por este Tribunal. Agregado el informe médico en fecha 13 / 08 / 2020, se reanuda el llamamiento de autos para sentencia, providencia que se halla firme y en consecuencia en condiciones de ser fallada ( arts. 263 / 267 del CPC., arts. 168 y 171 de la Const. Prov. Bs. As.).

Agravios de la parte demandada:

 a) Se duele primeramente de la interpretación arbitraria formulada por el Sr. juez a-quo en punto a que hallándose acreditado que el actor en la emergencia circulaba sin casco, no obstante consideró que el llamado " medio casco " que permite circular a los motociclistas no hubiera atenuado el daño en el maxilar y se expide en relación a las características del casco del que dice que no es el que ha imaginado el Sr. juez..

Dice además que jurisprudencialmente se ha sostenido la decisiva incidencia concausal en la producción del daño la ausencia de casco protector. Por ello, considera que se debe rechazar la incapacidad que se le ha otorgado a la parte actora o en cuyo caso se fije un porcentaje en la concausa.

Se queja también, en relación a la procedencia del rubro incapacidad sobreviniente. Para ello dice, que el juez a-quo a los fines de cuantificar el rubro tomó en cuenta parámetros objetivos pero no fundamentó, ni consideró la incidencia que puede o podría haber tenido la traqueotomía en las aptitudes productivas del actor. Que solo tuvo en cuenta una operación matemática con ingredientes dogmáticos que no respaldan el daño resarcible y aduna a ello citas de jurisprudencia.

Insiste que por ello, el daño fue indemnizado en modo abstracto, dado que no se ha acreditado a la causa el menoscabo del capital productivo que tal dolencia genera y la falta de prueba le es imputable al peticionante. Que, se halla acreditado que el actor continuó trabajando sin que la traqueotomía lo haya afectado laboralmente por lo que deviene la indemnización en un enriquecimiento sin causa.

Se agravia también por el monto otorgado en concepto de daño moral, el que entiende exorbitante, sin fundamento y mientras se enuncia una serie de reglas correctas, la suma devino excesiva y no se compadece con la experiencia común y la razón que sustentan los Tribunales.

Introduce el caso federal y por último pide se reciba el recurso de apelación interpuesto.

Por el otro lado, la parte actora rebate cada uno de los agravios introducidos por la parte apelante y con fundamento en fallos de este Tribunal por un lado, lo normado por los arts. 1740, 1746 del C.C.C. por el otro y reiterando los padecimientos sufridos, rechaza la impugnación del rubro daño moral, concluye en la desestimación del recurso de apelación y solicita la confirmación del fallo atacado.

b)Relatados así en apretada síntesis los antecedentes que informan a la causa, luego de ponderar los agravios y su responde, las constancias de la causa soy de opinión que corresponde recibir parcialmente el recurso de apelación ensayado.

En relación a la primera cuestión ha de recibirse la queja.

No es un hecho discutido que el día 19 / 03 / 2017, las partes del presente a bordo ambos de motocicletas, colisionaron en la intersección de la calles Carpani Costa y Chile. Que, como consecuencia del impacto y en lo que aquí interesa destacar ( y no se halla cuestionado ) el Sr. Braian Matías Godoy sufrió un trauma facial y penetrante de cuello con lesión nivel traqueal y fracturas múltiples del maxilar inferior.

Tampoco es objeto de debate que el actor en la emergencia conducía sin casco.

Que, el Sr. juez de grado, con base en un antecedente de este Tribunal en autos "Rodríguez Facundo Gerardo c/ Marian Francisco Narciso y otros s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 21/12/10 y en atención a la localización de las lesiones padecidas por el actor ( maxilar ) dijo que: "... las mismas no podrían haberse evitado con el uso del casco que el ordenamiento de tránsito prescribe, pues la fractura afectó al Sr. Godoy en su maxilar inferior, zona que no se encuentra protegida por el uso del casco que la legislación exige..." ( sic.). Ello con base en que la norma de obligatoriedad del uso del casco no impone que el mismo sea integral y que la autoridad de aplicación autoriza y homologa cascos abiertos, entendió el Sr. juez de la instancia de origen, que no había en la ausencia del casco, responsabilidad o imputación achacable al actor.

Considero que ello no es así.

En efecto, de lo allí expuesto se colige sin hesitación alguna que la conclusión a la que arriba el Sr. juez a-quo no deja de ser una hipótesis ajena las constancias de la causa. El casco es posiblemente el elemento más importante para todo motorista, ya que además de ser totalmente obligatorio tanto para el conductor como para un posible acompañante, aporta seguridad y se convierte en nuestro mejor aliado en caso de accidente.

En el mercado hay cascos homologados integrales o abiertos, son variados los modelos y en lo que aquí respecta están los semi cubiertos tienen características distintas entre sí ( Calimero ( abierto ), abatible ( rebatible ), classic ( integral ) . O sea, que aún en la hipótesis los cascos semi abiertos algunos cubren más que otros.

Entonces, no sabemos a cual de los tipos de casco semi abiertos se refiere el sentenciante, por cuanto la elección que se realice puede que no llegue a la conclusión que arribó en sentencia. Y, como se dijera antes, el argumento utilizado por el operador primero es una hipótesis por lo que tampoco cabe referirse o expedirse en relación al seguimiento del antecedente de este Tribunal que fuera citado.

La sentencia, es entendida como la derivación razonada del derecho argentino vigente con aplicación a las circunstancias de la causa y consideración de las alegaciones decisivas formuladas por las partes.

Y, en el caso, las constancias de la causa, en lo que aquí respecta, es la ausencia de cualquier casco. "... Reiteradamente la Corte ha declarado que desconocer las circunstancias relevantes de la causa, haciendo mérito de una deficiente introducción de la cuestión, equivale tanto como a una renuncia de la verdad jurídica objetiva, incompatible con el servicio de la justicia..." ( doctrina de Fallos: 302:358; 303:1646; 304:1698 ).

Entonces lo concreto es que el actor, al momento del evento dañoso, circulaba en violación de la ley de Tránsito que impone a todo conductor de la motocicleta llevar colocado el casco reglamentario como su acompañante ( art 40 in. j ) de la Ley de Tránsito ).

Esta obligación legal fue violentada y como consecuencia del impacto tuvo la lesión en el maxilar, estos son los hechos concretos de la causa, por lo que hipotetizar acerca que con el casco abierto y permitido igual se producía la lesión constituye una conclusión que se aleja de las constancias relevantes del expediente.

Este Tribunal, en sentencia de reciente data, en autos caratulados "Diaz Olivera Josue Eliseo y otro c/ Cañete Alfredo Ramón y otros s/ Daños y Perjuicios", expediente N° 3851-20, en punto al no uso del casco en la conducción de motocicleta, ha dicho: "... En este caso la ausencia de casco protector, en tanto su utilización habría operado presumiblemente como un factor reductor del daño materialmente ocasionado, conforme se desprende del informe médico reseñado, constituye una circunstancia que habrá de repercutir asimismo en la determinación del daño resarcible, debiendo sustraerse de la extensión del resarcimiento debido a la víctima aquellas consecuencias dañosas que habrían podido evitarse o mitigarse ("el mayor daño") de haberse empleado el aludido elemento protector. Se ha dicho desde aquí en Causa C-1561/95 que "la eventual falta de casco protector en el motociclista, se trata de una circunstancia intermedia normal, sin intervención de factores anómalos, extraordinarios o imprevisibles. No es la causa adecuada del resultado, aún cuando en concreto haya sido una condición necesaria del grado de lesiones, del mismo modo que no puede ser la causa adecuada de un daño, el estacionamiento antirreglamentario de un automotor cuando la infracción no fue determinante del embestimiento sufrido. Tal entendimiento emanado del Superior Tribunal Provincial (Cfr causa 102367 Sent 12-02-09 Sum. Juba) expresando "la omisión de casco protector puede incidir sobre la magnitud de las lesiones pero carece de repercusión en la producción del accidente"..." ( C: 3851-20 del 23 / 07 / 2020 ).

Así en consonancia con los lineamientos del mencionado fallo, entiendo que el aporte causal en la lesión sufrida en el rostro alcanza el 40%.

En cambio,no puede seguirseal quejoso en relación al segundo agravio relativo a la falta de fundamentación de la sentencia, para concederle incapacidad por la traqueostomía, toda vez que no se probó ello en la causa la minusvalía laboral.

En efecto la prueba pericial médica, presentada en fecha 03 / 06 / 2019 y ampliada en 22 / 10 / 2019, da cuenta del grado de incapacidad de "... estimativo: 55.38% parcial y permanente ( fractura de maxilar inferior: 8%; fractura tibia: 3%; traqueostomía: 50%; neumotórax: 5% ), se aplicó la capacidad restante-Método de Balthazard. Se consideró Baremo general para el Fuero Civil de Altube – Rinaldi...". ( sic ).

Ello ha quedado firme para las partes, esto es el grado de incapacidad y su carácter de permanente, más allá que como se dice haya continuado trabajando.

Por lo demás debía la parte y no lo hizo - carga que le incumbía art. 375 CPC. - acreditar que tal afección no constituye un impedimento laborativo frente a una pericia que si determina un grado de incapacidad.

Así la incapacidad física quedó acreditada por el medio idóneo ( art. 474 CPC.) y firme para las partes por lo tanto la cuantificación realizada por el Sr. juez ha sido atinada conforme las pruebas rendidas a la causa.

Más aún, a instancia de este Tribunal se le solicitaron al Sr. Perito explicaciones y a la respuesta segunda del cuestionario el Experto refiere a que el actor padece una traqueostomía abierta, da cuenta de las limitaciones que padece y estima en un 50% el grado de incapacidad.

Por lo demás, en reciente voto la Dra. Graciela Scaraffia, en lo que aquí interesa destacar dijo: " ... puede ocurrir que una incapacidad genérica significativa no impida la realización de las actividades que la víctima efectuaba antes del hecho (vgr. amputación de una pierna a quien realizaba labores sedentarias). Entonces si para determinar la incapacidad laborativa específica no es condición suficiente ponderar la incapacidad médica genérica de la víctima, sino que lo fundamental estriba en precisar la concreta proyección de tal incapacidad sobre las aptitudes productivas del damnificado en relación a la actividad puntual que desarrollaba con anterioridad al evento dañoso, arribamos inmediatamente a la conclusión de que el resarcimiento otorgado a la víctima debe cifrarse atendiendo primordialmente a este último criterio..." (CAP: C 3670).

Y, en este sentido la misma pieza recursiva da cuenta que el actor trabajaba como albañil y no siguió como tal sino en el mantenimiento de canchas de tenis que de por sí da cuenta del menor compromiso corporal en la nueva tarea laboral.

Finalmente tampoco puede seguirse al apelante en relación al monto por daño moral, el cual fue detallado por el sentenciante. En efecto lo que: " ... Se intenta medir los padecimientos psíquicos o mortificación de espíritu sufridos por la misma a consecuencia del accidente. Y "... Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar en la sentencia las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena. De tal modo, se impone al tribunal el deber de examinar las pretensiones deducidas, prudentemente, y verificar si se han producido los perjuicios que se reclaman, evitando cuidadosamente no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables..." ( CC0102 MP 160665 299-S S 29/11/2016 ).

Entonces la valoración hecha por el Sr. juez que luce acertada evaluó, ponderó, dio cuenta de las diversas circunstancias, padecimientos sufridos por el actor por la intervención quirúrgica, como sus consecuencias futuras. Por ello, la sentencia luce ajustada a los parámetros antes señalados y motivada ( art. 163 y 165 CPC.). Contrariamente, frente a ello, la queja si aparece como disconformidad con la suma arribada, sin agregar más que declaraciones abstractas.

 Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

**VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la misma cuestión los Sres. Jueces Graciela Scaraffía y Roberto M. Degleue por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.

A la segunda cuestión el señor Juez Dr. Bernardo Louise dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y en su mérito modificar la sentencia apelada solo en cuanto a la atribución de responsabilidad determinando que el actor de autos al conducir en violación a la ley (sin casco), contribuyó en un 40% en la causación de su propio daño, por lo que al momento de practicarse la liquidación definitiva ha de deducirse tal porcentaje, y confirmar la sentencia en lo demás que decide.

Con costas en la Alzada en un 30% a cargo al apelante (art. 68 CPC.) y difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno (art. 31 y 51 de la Ley de Honorarios).

 **ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión los Sres. Jueces Graciela Scaraffía y Roberto M. Degleue por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

**S E N T E N C I A:**

Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y en su mérito modificar la sentencia apelada solo en cuanto a la atribución de responsabilidad determinando que el actor de autos al conducir en violación a la ley (sin casco), contribuyó en un 40% en la causación de su propio daño, por lo que al momento de practicarse la liquidación definitiva ha de deducirse tal porcentaje, y confirmar la sentencia en lo demás que decide.

Con costas en la Alzada en un 30% a cargo al apelante (art. 68 CPC.) y difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno (art. 31 y 51 de la Ley de Honorarios).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 15/09/2020 09:12:29 - Bernardo Louise - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/09/2020 09:17:26 - Graciela Hilda Scaraffia - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/09/2020 10:15:02 - Roberto Manuel Degleue - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/09/2020 10:46:36 - MARTINEZ Nicolas - SECRETARIO DE CÁMARA

‰7Q")è${p'wŠ

234902090004918007

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - PERGAMINO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS