



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

CAMARA APEL CIV. Y COM 3a

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 20

Año: 2018 Tomo: 1 Folio: 122-136

EXPEDIENTE SAC: **5827186 - BELTRAMONE, AUGUSTO PABLO C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA Y OTRO - ORDINARIO - DAÑOS Y PERJ.- OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL**

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 20 DEL 12/04/2018

SENTENCIA NUMERO: 20.

En la ciudad de Córdoba a los doce días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúnen en audiencia pública el señor Vocal de la Excma. Cámara Tercera Civil y Comercial de Apelaciones Dr. Ricardo Javier Belmaña con la integración de los Sres. Vocales Dres. José Manuel Díaz Reyna y Graciela Junyent Bas con el objeto de dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **“BELTRAMONE, AUGUSTO PABLO C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA Y OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS – OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL” (EXPTE. N° 5827186)**, venidos a la Alzada el día 14.03.17, procedentes del Juzgado de 1° Instancia y 31° Nominación en lo Civil y Comercial, por haber deducido la parte actora y los codemandados recursos de apelación en contra de la Sentencia Número cuatrocientos ochenta y cuatro, dictada el 12.12.2016 (fs. 402/441), por el Sr. Juez Dr. Aldo Novak.

El Tribunal sienta las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Resultan procedentes las apelaciones interpuestas por el actor y los codemandados?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué pronunciamiento corresponde adoptar?

Conforme lo dispuesto previamente por el Sr. Vocal natural de este Tribunal y de acuerdo al

orden en el que han sido llamados los Sres. Vocales foráneos a los fines de integrar esta Cámara, emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Ricardo Javier Belmaña, José Manuel Díaz Reyna y Graciela Junyent Bas.

A LA PRIMERA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR RICARDO JAVIER BELMAÑA DIJO:

I El caso

El Sr. Augusto Pablo Beltramone inició demanda ordinaria en contra de la Municipalidad de Córdoba y de Magovi SRL, titular de “Club Olmos”, reclamando el pago de \$506.600 con más intereses, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ocurrido el día 15/11/2013 a las 01:00 horas aproximadamente, ocasión en la que se encontraba ocupando una mesa y consumiendo una bebida en el kiosko bar Club Olmos, cuando sufrió la caída sorpresiva y el aplastamiento de un árbol sobre la parte posterior de su cabeza y quedó en estado de inconsciencia. Relata que en esas condiciones fue trasladado al Hospital Municipal de Urgencias por el servicio de emergencia 107.

El Sr. juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la Municipalidad de Córdoba y a Magovi SRL a abonar al actor la suma de \$272.423,27 con más intereses.

En contra de lo resuelto, tanto el actor, como los dos demandados interpusieron recursos de apelación.

II Agravios expresados por la parte actora

En primer término, se agravia por la valoración que hizo el juez sobre el rubro “lucro cesante pasado” al declararlo improcedente por considerar no probado el ingreso del actor y reconducirlo a una pérdida de chances.

Dice que no se dio explicación sobre cuál sería el motivo de apartamiento de lo acreditado con la declaración de la testigo supervisora del actor, quien dijo que Beltramone había ingresado a prestar servicios en septiembre/octubre 2013 haciendo capacitación para monitoreo, y que luego no quedó efectivo porque padecía muchos dolores en la espalda y no

podía estar sentado todo el horario. Entiende que el hecho de que la testigo haya declarado que el actor no ingresó efectivo, que estuvo un mes más y no rindió, que no estaba inscripto ante los organismos previsionales porque se encontraba cumpliendo un curso de capacitación, no constituye elemento jurídico para negar la vinculación laboral, porque esos dichos fueron una mera pretensión de la testigo de dar una justificación de la ausencia de registración ante los organismos previsionales. Que la existencia de un curso de capacitación no empece a la existencia de trabajo en los términos del art. 4 de la ley 20.744, ni a que finalmente no haya quedado efectivo, pues se trata de un contrato a prueba (art. 92 bis LCT).

Sostiene que probada la existencia de trabajo, no se puede imponer al actor la estricta acreditación de ganancias por no encontrarse registrado, porque eso importaría hacer pesar sobre el trabajador en negro las consecuencias disvaliosas que ello acarrea. Que más allá de que la testigo haya reconocido que el actor recibía una retribución por su trabajo (entre \$5.000 y \$5.500, fs. 156), el derecho a ser remunerado es inalienable e irrenunciable. Que por eso indicó a fs. 368 vta. que el salario mínimo de la mínima categoría del CCT de la Unión Personal de Seguridad de la República Argentina (CC 507/07) a la fecha del hecho ascendía a la suma de \$5.580, por lo que pidió que se fije una indemnización en concepto de lucro cesante pasado, teniendo en cuenta tal ingreso que dejó de percibir como consecuencia del daño padecido.

Considera que no es óbice para la debida valoración sobre su prestación, el hecho de que haya indicado en la demanda que laboraba para “Selec Alarmas” y al recibir la testimonial la testigo haya dicho que lo hacía para “RAM SRL”, porque surge reconocido y demostrado que su actividad se ceñía a realizar monitoreos de alarmas (fs. 156, respuesta a la 2° pregunta). Se queja porque el juez consideró insuficiente el testimonio de Renata Eva Serafini Scrofanía (fs. 156) para acreditar que su parte trabajaba en la actividad de monitoreo de alarmas y obtenía ingresos por ello. Opina que el *a quo* no justificó esa afirmación. Pide que se haga lugar al reclamo como lucro cesante pasado a razón de un ingreso de \$5.580 al momento del evento

dañoso, mes por mes, con más sueldo anual complementario.

En segundo término, se agravia por la cuantificación del rubro lucro cesante futuro como pérdida de chance, por el mismo motivo que la queja anterior (falta de acreditación de trabajo e ingresos). Critica la fórmula de cálculo porque el juez cuantificó el daño como si no se hubieran acreditado los ingresos del actor y tomó como valor “a” de la fórmula Marshall un porcentual del SMVM y consideró 12 períodos como si se tratara de un trabajador independiente. Dice que el ingreso bruto para la escala “monitoreo” conforme el CC 507/07 para diciembre de 2016 (fecha de la sentencia) asciende a la suma de \$14.016, por lo que debe indemnizarse el rubro justipreciando tal monto, atendiendo que para el concepto deben tomarse 13 períodos y aplicar la fórmula Marshall.

Luego se queja porque el juez subsumió la cuantificación de los rubros por daño pasado y futuro en un mismo concepto, por el lapso que transcurre entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, así como aquél que perdura en el tiempo a partir de su dictado como si fueran circunstancias idénticas. Dice que la pérdida de ingresos se refleja mes a mes hasta la sentencia, mientras que el daño posterior a su dictado es incierto y se determina de modo distinto.

Subsidiariamente para el caso de que se rechacen los agravios anteriores, critica que se haya tomado el 70% del salario mínimo vital y móvil como ingreso. Entiende que es una estimación antojadiza y carente de fundamento, porque el piso mínimo de ingresos a la fecha del hecho era de \$3.300 y no puede percibir menos que eso; que ese tope es imperforable, aún para determinar una chance, por estar determinado por ley sustantiva. Pide que se disponga que la chance sea del 10%.

Corridos los traslados de ley, ambos codemandados solicitaron que se declare la deserción del recurso por insuficiencia técnica de la expresión de agravios y subsidiariamente, que se rechace la impugnación.

III Agravios expresados por la codemandada Magovi S.R.L.

Critica que el juez haya considerado que su parte incumplió el deber de seguridad en los términos del art. 40 L.D.C.. Entiende que el municipio se ha reservado para sí en forma excluyente la poda de la arboleda de los espacios públicos, por lo que no se advierte de qué forma su mandante podría haber evitado el evento dañoso cuando pesa sobre él una expresa prohibición de poda o extracción. Sin perjuicio, invoca el caso fortuito, que se acreditó que la caída del árbol se debió a su estado general y la fuerza del viento.

Dice que la condena es infundada porque el deber de seguridad impuesto por la ley 24.240 lo es en relación al servicio prestado, no así a condiciones objetivas del lugar y tiempo de la prestación.

Corridos los traslados de ley, la parte actora solicitó el rechazo del recurso.

IV Agravios expresados por la Municipalidad de Córdoba

La codemandada Municipalidad de Córdoba, a través de su apoderado, se queja por la responsabilidad atribuida a su parte, porque si los vecinos del lugar tenían conocimiento del presunto mal estado de los árboles, el propietario, gerente o encargado del negocio del codemandado debía saberlo y sin perjuicio de ello, continuó colocando mesas y sillas debajo de los árboles, por lo que su actuar fue negligente y generador de responsabilidad. Dice que no hay ningún factor de atribución que se le pueda endilgar ya que hay responsabilidad de terceros por los que no debe responder.

Aduce que no ha existido actuar negligente, culpa ni omisiones de su parte ni de sus dependientes en el ejercicio del poder de policía. Que es irracional e inadecuado exigir que deba ejercer un constante, permanente y omnipresente control del cumplimiento de las normas vinculadas con todas las arboladas de la ciudad. Que dadas las dimensiones del ejido municipal, ello es imposible. Que de exigírsela se corre el riesgo de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no puede evitar por la insuficiencia de medios, lo que podría generar una responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado. Que para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión se debe efectuar una valoración

concreta según el principio de razonabilidad de lo que puede estimarse como deber jurídico del Municipio. Que su parte en su oportunidad realizó la inspección técnica vinculada con la arboleda donde existirían presuntos problemas, dictaminó al respecto y efectivizó la extracción del árbol que consideraba necesaria (testimoniales de los dependientes de la Municipalidad de Córdoba). Que no se pudo vincular en la causa el verdadero lugar donde se encontraba el árbol del cual habría caído la rama y determinar si ese era el que se había denunciado como en mal estado.

Finalmente se agravia por las costas impuestas a su cargo. Alega falta de motivación, argumentación insuficiente y arbitrariedad.

Corridos los traslados de ley, la parte actora solicitó el rechazo de la apelación, mientras que el codemandado Magovi S.R.L. peticionó que se declare la deserción del recurso por insuficiencia técnica de la expresión de agravios y subsidiariamente, que se rechace la apelación.

Por su parte, la Sra. Fiscal de Cámaras Civiles y Comerciales dictaminó que a su criterio corresponde rechazar los tres recursos de apelación interpuestos por cada una de las partes y confirmar la resolución en crisis.

V Análisis de suficiencia técnica de los recursos entablados por el actor y la codemandada Municipalidad de Córdoba

Como una cuestión preliminar corresponde expedirse acerca de la suficiencia técnica de los recursos articulados por la parte actora y por la Municipalidad de Córdoba, habida cuenta de lo manifestado por los codemandados respecto de la primera impugnación (fs. 479/480 y 483/484), así como por Magovi S.R.L. respecto de la segunda apelación (fs. 508/509) al contestar los recursos, quienes solicitaron que declare desierta la apelación por falta de agravios.

La expresión de agravios constituye una carga procesal que pesa sobre el impugnante en el sentido que debe exponer jurídicamente mediante el análisis razonado y crítico del fallo los

errores de la sentencia recurrida punto por punto y demostrar los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (Conf. Alsina, “Tratado de Derecho Procesal”, 2da. Edición, IV, pág. 389). Expresar agravios importa analizar los fundamentos dados por el magistrado y realizar un análisis crítico y señalar los errores *in iudicando, in procedendo o in cogitando*, que posee la resolución impugnada.

En el presente caso, la expresión de agravios de los recursos señalados contiene una crítica del resolutorio impugnado. Ello así, porque la apelación del actor controvierte el modo en que se ha reconducido *iura novit curia* su reclamo por lucro cesante hacia una indemnización por pérdida de chance y su cuantificación, mientras que la impugnación de la Municipalidad de Córdoba cuestiona el alcance de la responsabilidad atribuida a su parte.

Por todo ello, corresponde rechazar los planteos de deserción entablados.

VI Se analizan los agravios

1. Dado que las apelaciones de ambas demandadas cuestionan la responsabilidad atribuida a su parte en la sentencia recurrida, por elementales razones de método estimo adecuado comenzar por el tratamiento de estos recursos y luego, una vez dilucidado lo atinente a quién debe responder por el daño, pasar a considerar lo referido a la indemnización por pérdida de chance criticada por el actor.

De la lectura de los agravios de las partes, se advierte que no hay debate respecto de la existencia del hecho dañoso motivo de la demanda ni de los daños sufridos por el actor, así como tampoco del régimen tuitivo del consumidor aplicable al caso.

Teniendo por cierta la ocurrencia del suceso lesivo, corresponde dilucidar ahora la normativa aplicable a los fines de determinar la responsabilidad civil que la juez endilgó a los demandados y éstos cuestionaron.

En primer término, debe diferenciarse la naturaleza de la responsabilidad asignada a cada uno de los demandados.

Respecto de Magovi S.R.L., éste fue condenado en su carácter de proveedor, en virtud de

haberse encontrado explotando comercialmente el kiosko bar “Club Olmos” en el cual se encontraba el actor cuando sucedió el evento dañoso, por haber incumplido con el deber de seguridad debido al consumidor.

Al tratarse de una relación de consumo, pesa sobre el proveedor un deber de seguridad hacia el consumidor, ya que las cosas y servicios deben ser suministradas o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Dicha garantía está consagrada en el art. 5 de la ley 24.240, y goza del carácter de orden público (art. 65 de la ley).

Por lo tanto, estando probado que el daño sufrido por el Sr. Beltramone lo fue en ocasión de encontrarse consumiendo el servicio de kiosko bar de Magovi S.R.L., es decir, en el marco de una relación de consumo, el caso recae en la órbita de la responsabilidad objetiva por el factor “seguridad”, según el art. 40 de la ley de defensa del consumidor, que dispone que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán solidariamente el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, responsabilidad que sólo se enervará por la demostración de una causa ajena.

La aplicación al caso del art. 40 de la Ley 24.240 nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad objetiva –en este caso concreto, en virtud del factor de atribución “seguridad”-, y dispone expresamente la norma que el proveedor “sólo se liberará total o parcialmente” si demuestra “que la causa del daño le ha sido ajena” con lo que no cabe duda alguna de que el legislador ha puesto en cabeza del proveedor la carga de acreditar la ruptura de la relación causal, lo que en concreto implica una inversión de la carga de la prueba. Y si bien Magovi S.R.L. invocó el caso fortuito como eximente, ya que señaló que la caída del árbol se debió a su estado general y la fuerza del viento, no arrió a juicio ningún elemento que permita tener por acreditada la eximente y por cumplido su deber de seguridad para desligarse de responder, prueba que pesaba sobre él ya que como se trata de una causa eximente, debe ser probado por quien la

alega, lo que es una consecuencia lógica de aplicar los principios generales del régimen probatorio conforme al cual incumbe al acreedor demostrar la existencia del crédito y al deudor, que en el caso es el apelante, las circunstancias extintivas o impeditivas (Cfr. Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1999, T. 3, p. 303).

En otras circunstancias, podría admitirse como caso fortuito la caída de la rama del árbol como consecuencia de un fuerte viento. Pero aquí la eximente nunca podría aceptarse, si se tiene en cuenta que las personas a cargo del bar demandado tenían conocimiento del estado de deterioro del árbol (según lo relatado por Magovi S.R.L. en la contestación de la demanda a fs. 56 vta.) y aun así colocaron mesas y sillas para el consumo en una zona próxima a aquél, cuya cercanía ocasionó que al caer la rama se viera afectado el actor que estaba sentado en una mesa consumiendo. El hecho de que la prestadora del servicio haya conocido el mal estado en que se encontraba el árbol en cuestión genera que su caída no revista la característica de imprevisible o inevitable para Magovi S.R.L. (art. 514 C.C. aplicable), por lo que no se trata aquí de un caso fortuito con fuerza suficiente para interrumpir el nexo causal.

Por eso, entiendo que si Magovi S.R.L. no cumplió con su deber de seguridad hacia el consumidor ni acreditó que el daño haya obedecido a una causa ajena a él, debe responder por los perjuicios sufridos por el actor.

No obsta lo concluido la reglamentación municipal, ordenanza 7000/79 vigente al momento del hecho, que colocaba en manos del municipio el carácter de guardián del arbolado público de modo exclusivo con competencia para podar o talar arbolado público con potencialidad de ocasionar accidentes, dado que como ya se dijo, el prestador del servicio que el actor se encontraba consumiendo tenía la obligación de tomar recaudos para garantizar su seguridad (art. 40 L.D.C.), como por ejemplo no colocar mesas y sillas para uso de los clientes en zonas próximas a la rama del árbol que se hallaba en mal estado y colocar señales de advertencia,

aunque éste haya estado localizado en zona de dominio público municipal, así como efectuar los reclamos pertinentes para que el Municipio diera solución al asunto.

Que las mesas y sillas para consumo de los clientes del bar se encontraban ubicadas cerca de la rama que se desprendió es un dato que surge claro de las pruebas, especialmente de la declaración de la testigo presencial Rocío Campillo (fs. 233/234), donde se puede leer que el actor estaba sentado desmayado con el árbol encima sobre la espalda, que la mesa quedó en el suelo con los vasos, las pertenencias, que todo se cayó al suelo. También emana de los dichos de la propia codemandada Magovi S.R.L., quien al contestar la demanda (fs. 56 *in fine* y 56 vta.) expresó que el actor se encontraba consumiendo en el kiosko bar que explota la firma Magovi S.R.L. cuando de repente cayó parte del árbol que se encuentra enclavado en el frente del lugar, en donde el accionante estaba sentado en una mesa consumiendo. Tal manifestación tiene valor de prueba confesional (arts. 192 y 217 C.P.C.C.) y deja en claro que el damnificado sufrió el daño al estar sentado en una mesa del bar.

Por otra parte, el reclamo en sede administrativa efectuado el día 04/10/2013 para la extracción del árbol seco (fs. 170, 171, 181, 186), fue formulado por la Sra. María Fernanda Nieto, cuya vinculación con la codemandada no consta en autos, además que Magovi S.R.L. manifestó que las notas fueron presentadas ante la Municipalidad por parte de los habitantes y consorcistas del edificio que se encuentra enclavado en Bv. San Juan a la altura de la plazoleta (fs. 56).

De todo lo explicitado, es claro que Magovi S.R.L. no cumplió con el deber de seguridad impuesto a su parte por la normativa consumeril.

Pero además de todas las razones expuestas, la codemandada no puede pretender eximirse con el argumento de que al ser el asunto de competencia exclusiva del Municipio, pesaba sobre ella una expresa prohibición de poda o extracción, pues existe a su cargo un deber impuesto por el derecho sustantivo, que es la obligación de evitar causar un daño no justificado a otro en cuanto de ella dependa.

Tal mandato está contenido en el art. 1.710 del Código Civil y Comercial, que impone a toda persona el deber de evitar causar un daño no justificado y de adoptar de buena fe y según las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un perjuicio o disminuir su magnitud. También dispone la norma que si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió.

La prevención del daño es una especie de tutela jurídica y una función específica del derecho de daños, que a pesar de haberse legislado recientemente con la sanción del nuevo código sustantivo, posee andamiaje constitucional desde la reforma del año 1994 y reconoce su origen en el precepto romano del Derecho señalado por el jurista Ulpiano a principios del S. III, que reza “*alterum non laedere*” o “no causar un daño a otro”, por cuanto tal mandato presupone el deber de evitar la causación del perjuicio en tanto y en cuanto sea posible, en base al principio de buena fe.

La doctrina especializada ha enseñado al respecto que “Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “No dañar” supone, obviamente, “reparar el daño causado”; pero sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan” (Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y Reparación, las dos caras del Derecho de Daños”, en La responsabilidad civil y su problemática actual, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, p. 2).

Entonces, hay deber de prevenir un perjuicio y no esperar hasta que ocurra para resarcirlo, cuando existe un temor o amenaza de un daño potencial que podría acontecer en virtud de una situación fáctica existente, pues para el Derecho es injusto y reprochable permanecer sin reacción cuando se afronta una fuente que genera y seguirá produciendo daños; bien ha dicho calificada doctrina que “mantener semejante solución, con subsistencia del hecho capaz de dañar, significaría crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir” (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “Función preventiva de daños”, La Ley

03/10/2011, 1 – La Ley 2011-E, 1116 Cita Online: AR/DOC/3511/2011 p. 1 cit. a AGUIAR, Henoch, “Hechos y actos jurídicos”, Tipográfica Argentina, t. IV, p. 172).

Trasladando lo expuesto al caso concreto, no puede la proveedora del servicio ampararse en el argumento de que correspondía al Municipio la tala y poda de los árboles para desligarse de responder, pues estaba a su alcance tomar precauciones para evitar los perjuicios sufridos por el damnificado, tales como no colocar mesas y sillas bajo la rama en mal estado ni en sus proximidades, colocar señalizaciones y advertencias y cursar los reclamos pertinentes para que la autoridad administrativa solucione el asunto. Ello está impuesto por el art. 1710 inc. b del C.C.C. que ordena a toda persona adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y los recaudos señalados, a mi modo de ver, no lucen desproporcionados, irrazonables ni imposibles de realizar por parte de un proveedor de servicios que debe garantizar la seguridad de sus clientes (art. 40 L.D.C.). Además, contaba con la posibilidad de solicitar al responsable el reembolso del valor de los gastos que la toma de precauciones le hubiera significado (art. 1710 inc. b, 2º parte C.C.C.), con lo cual ni siquiera hubiera significado gastos que corran por su cuenta.

Resta aclarar que si bien la prevención del daño está contenida en el Código Civil y Comercial sancionado con posterioridad a la fecha del hecho dañoso, igualmente resulta de aplicación inmediata, dado que el Código Civil anterior carece de regulación sobre la prevención del daño, por lo que la nueva normativa opera como doctrina interpretativa. El silencio del Código Civil derogado al respecto, implica una inexistencia de conflicto normativo de las leyes en el tiempo, por lo que cobra operatividad el principio de aplicación inmediata de la norma contenida en el nuevo Código, según el art. 7 del CCCN (TSJCba., Sala CyC., Sentencia N° 168 del 16/12/2015 en “Luna Luis Adrian c/ Peralta Daniel Walter-ordinario/cumplimiento/Resolución contrato- Tercería de dominio de Rosa Lina Sacerdoti-Recurso de casación”).

Por lo tanto, es mi opinión que la demandada Magovi S.R.L. debe responder por el daño causado, en los términos dispuestos en la resolución apelada. Sus agravios se rechazan.

2. Se analiza ahora el recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de Córdoba.

Respecto a la responsabilidad civil que le asiste al ente municipal en el caso, ella está justificada atento lo reglamentado en la ordenanza 7000/79 señalada.

Dicha normativa municipal, vigente al momento del hecho y derogada luego por la ordenanza N° 12.472 del 05/11/2015, establece la prohibición de corte o poda, eliminación y/o destrucción total o parcial sin autorización municipal, de cualquier ejemplar que integre el arbolado público (art. 2). Asimismo, coloca dichas tareas y operaciones a cargo de la Municipalidad de Córdoba, quien detenta la competencia exclusiva por intermedio del organismo respectivo (art. 3).

Por lo tanto, si las tareas de corte y poda del arbolado público son de competencia exclusiva del ente municipal, los particulares no pueden por sí solos sacar o podar un árbol cuando éste presente riesgo de caída.

La Municipalidad codemandada se ha reservado el carácter de guardián del arbolado público, por lo que el cuidado y conservación de los árboles, y la poda o tala de los ejemplares que presenten riesgos de ocasionar un accidente, es un servicio público a su cargo. En el caso que nos ocupa, tratándose del servicio de mantenimiento del arbolado público, la ordenanza 7000/79 no deja margen de duda alguno que estamos frente a un servicio público cuyo titular es la Municipalidad de Córdoba.

En cuanto a la responsabilidad del estado, ésta debe encuadrarse en los términos previstos por el art. 1112 del Código Civil velezano (aplicable al caso en virtud de lo normado por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación), por la falta o deficiente prestación de servicios, y es de naturaleza objetiva.

El estado, al contraer la obligación de prestar un servicio, debe hacerlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios

que causare su incumplimiento o ejecución irregular en los términos del artículo 1.112 del C.C. Así lo ha recordado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos pronunciamientos (Fallos: 321:1776 y sus citas, y 325:1277, entre otros).

Para responder a los agravios de la Municipalidad de Córdoba, considero oportuno transcribir un pasaje doctrinario citado en un precedente por esta cámara en su anterior composición ("García, Oscar Félix y Otros C/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y Otros - Ordinario - Daños y Perj.- Otras formas de respons. Extracontractual- (Expte. 1035656/36)", Sentencia N° 152 del 18/08/2016). En aquella oportunidad se consideró que "...para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad (47), del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar. (48) Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles (49)), como también los llamados estándares de rendimiento medio (50) y el grado de previsibilidad del daño. (51) Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas. (52) Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". (53) Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa (54), porque, de lo contrario se corre el

peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad (55), lo cual es a todas luces inadmisible...” (Conf. Perrino, Pablo E. “La responsabilidad del estado por omisión de sus funciones de vigilancia” LA LEY 2011-E,715).

La pauta señalada en la doctrina citada resulta a mi entender adecuada para analizar los agravios expresados y dilucidar si en base a la prueba rendida en autos puede concluirse o no que existió por parte del estado municipal un incumplimiento a sus deberes en los términos del art. 1112 del Código Civil, conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, que justifique la atribución de responsabilidad endilgada.

Del análisis de las constancias de autos se desprende con claridad que hubo una falta u omisión en la prestación del servicio por parte del ente demandado.

Ello así, porque emana de la documentación acompañada a fs. 170/171 y la incorporada por vía de prueba informativa (fs. 177/186 y fs. 255/259) que el reclamo fue ingresado a la Municipalidad de Córdoba a través de la Oficina Atención al Vecino, por la Sra. María Fernanda Nieto, quien solicitó la extracción de un árbol ubicado en calle Bv. San Juan n° 222 el día 04/10/2013. Que el día 30/10/2013 se realizó el informe por el inspector de arbolado Daniel Omar Wuerich (fs. 170), donde consta que el árbol en cuestión se encontraba totalmente seco e irrecuperable y que debía ser extraído en el corto plazo. Que el 15/11/2013 se ingresó el informe a la Dirección de Espacios Verdes y se procedió a su extracción (fs. 179), la que tuvo lugar ese día con posterioridad al llamado telefónico que avisó de la caída de una rama en el lugar (fs. 259).

También emana de la declaración del Ing. Agrónomo Jorge Darío Trepatt, agente de la Municipalidad de Córdoba que prestaba servicios en la Dirección donde ingresó el pedido de inspección (fs. 168/169) que debía extraerse el árbol, el que en principio, no presentaba riesgo

inminente de caída.

Como se puede apreciar, el ente municipal tardó 26 días para tomar razón del estado en que se encontraba el árbol en cuestión y tras dictaminar sobre su deterioro total e irrecuperable, sólo procedió a extraerlo del lugar luego de habérsele comunicado que una de sus ramas se había caído como consecuencia del viento.

Por lo tanto, teniendo en consideración la demora en el cumplimiento del servicio, que el lugar en el que se encontraba plantado el ejemplar arbóreo (plazoleta de la intersección de Bv. San Juan y Bv. Vélez Sarsfield) es una de las zonas céntricas más transitadas de la ciudad, que los recursos necesarios para ejecutar la poda del árbol no resultaban desmedidos ni imposibles de disponer (ejemplo de ello es que tras comunicarse la caída de la rama, se procedió “inmediatamente” a extraer el ejemplar –fs. 169 y 259- por lo que la demandada contaba con los medios para realizarlo), que el estado de deterioro era conocido por el ente municipal, que según las reglas de la experiencia en la época del año en que ocurrió el siniestro (noviembre) la posibilidad de que se sucedieran lluvias y vientos es elevada, sumado a la gran concurrencia de la zona, el suceso dañoso poseía cierto grado de previsibilidad y podría haber sido evitado si el ente hubiera actuado en tiempo y forma.

Queda por lo tanto, desde mi punto de vista, configurada la responsabilidad civil del estado municipal por los daños y perjuicios ocasionados al actor, por deficiente prestación de servicio, en los términos del art. 1.112 C.C. Los agravios de la Municipalidad de Córdoba quedan rechazados.

3. Despejadas las críticas relativas a la responsabilidad civil y confirmada la condena impuesta en la sentencia apelada, resta ingresar al tratamiento de los agravios de la parte actora, referidos a la indemnización reconocida en primera instancia a título de pérdida de chance pasada y futura.

A mi modo de ver, le asiste parcial razón al actor apelante, en la medida que seguidamente expongo.

En mi opinión, le asiste parcial razón en cuanto a la reconducción que realizó el juez del lucro cesante pasado a una pérdida de chances, pero no así en lo referido al lucro cesante futuro.

Es verdad que la línea divisoria entre el lucro cesante futuro y la pérdida de chance es difusa. El lucro cesante se refiere al daño patrimonial que tiene lugar por la pérdida de ingresos o de ganancias dejadas de obtener, como consecuencia del hecho lesivo. Y la pérdida de chances se configura cuando el damnificado ve frustradas sus posibilidades o expectativas. Mientras en el segundo caso estamos frente a la pérdida de una mera expectativa de ganancia, en el primero estamos frente a un daño cierto, puesto que la persona que resultó damnificada se encontraba percibiendo ingresos efectivos. Pero no puede negarse que en lo que hace al lucro cesante futuro siempre estamos hablando de una certeza relativa, porque el futuro jamás es perfectamente previsible ya que necesariamente existen variables potenciales que, aún de no haber mediado el hecho dañoso, podrían haber disminuido o hecho desaparecer las ganancias que se tienen por ciertamente perdidas.

En este caso, el actor ha alegado y probado la actividad que desarrollaba al momento del hecho, así como que se vio impedido de seguir trabajando a causa de las lesiones sufridas. Si bien se ha omitido diligenciar prueba informativa a la entidad en la cual se encontraba prestando sus servicios, de la testimonial rendida por la Sra. Renata Eva Serafini Scrofania (fs. 156/156 vta.) emana con claridad que Beltramone, al momento del hecho, trabajaba en RAM S.R.L., que había entrado en septiembre/octubre de 2013 a prueba y que hacía trabajo de operador de eventos de alarmas. Que recién ingresaba, que estaba en capacitación y que no estaba efectivo. Que la testigo lo tenía a su cargo, que él hacía capacitación y ella era su supervisora. Que tenía trabajo rotativo de 23 a 07 hs., luego en el turno mañana y posteriormente en el turno tarde. Que no ingresó efectivo, que estuvo un mes más y no rindió porque no podía estar mucho tiempo sentado, que no estaba en condiciones físicas, que le dolía mucho la espalda y no podía estar todo el horario sentado.

De manera concordante, surge del testimonio de Laura Sabrina Nieto (fs. 164/164 vta.) que

cuando el actor se accidentó, había entrado a trabajar en una empresa de monitoreo de alarmas. Que después del accidente lo esperaron para que se reintegrara pero que luego lo despidieron.

Si bien es cierto que no hay mayores elementos de fuerza probatoria contundente que acompañen a los testimonios, así como que no consta que la declaración de la Sra. Renata Eva Serafini Scrofanía haya sido rendida en nombre y representación de la empresa RAM S.R.L., no pueden desconocerse los datos que emanan de dichas pruebas, las que por otra parte, no fueron impugnadas.

A su vez, también se extrae del examen psiquiátrico forense (fs. 244) que actualmente está desocupado y que su último trabajo fue de monitoreo de alarmas. Si bien ello parece ser una referencia unilateral del actor hacia la Sra. perito psiquiatra, tal dato, sumado a los emanados de las testimoniales, contribuye a formar un contexto de verosimilitud que permite inferir que al momento del accidente, el actor se encontraba trabajando a prueba en la actividad de monitoreo de alarmas, y que luego del accidente, no pudo ser efectivizado laboralmente como consecuencia de las lesiones padecidas.

En definitiva, es mi opinión que se encuentra probado el lucro cesante como consecuencia del hecho dañoso. Es que si bien no hay prueba directa sobre el monto del ingreso dejado de percibir, surge de las pruebas que Beltramone no fue efectivizado en su actividad laboral por su imposibilidad de desempeñarse a raíz de las lesiones padecidas, con lo cual, independientemente del monto en sí mismo, consta que el actor perdió su trabajo. Que se haya encontrado a prueba no es un impedimento para reconocer esta indemnización, puesto que la ley laboral indica que dicho período se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social (art. 92 bis inc. 7 L.C.T.),.

Ahora bien, corresponde aclarar que al tratarse de un contrato a prueba, la pérdida de ingresos debe considerarse como lucro cesante hasta el vencimiento del período de prueba, es decir, hasta el cumplimiento del lapso de tres meses. Ello así, porque no hay elementos en la causa

para inferir que luego de vencido dicho período, el actor fuera a ser efectivizado en su puesto de trabajo, lo cual era una posibilidad o expectativa.

Dado que la prueba es incierta respecto a la fecha concreta en que el actor ingresó a RAM S.R.L. (la testigo dijo “septiembre/octubre 2013”), este tribunal, realizando una apreciación estimativa, considera justo y razonable promediar lo referido y tomar como fecha de ingreso laboral el 01/10/2013. Por lo tanto, si se tiene en cuenta que el accidente ocurrió el día 15/11/2013, corresponde indemnizar a título de lucro cesante pasado las ganancias dejadas de percibir durante un mes y medio, es decir, entre la fecha del accidente y el día 01/01/2014 que es cuando habría fenecido el período de contratación a prueba. Los restantes períodos, transcurridos desde esta última fecha y hasta la de la sentencia, deben ser indemnizados a título de pérdida de chances, tal como se dispuso en la sentencia apelada.

Con respecto al monto del ingreso que debe tomarse para el cálculo del lucro cesante pasado, el actor reconoce en los alegatos que hubo imposibilidad de probar el valor de su salario (fs. 367) y solicita al expresar agravios que se tome como referencia el valor del salario mínimo de la mínima categoría del C.C.T. de la Unión Personal de Seguridad de la República Argentina (N° 507/07), que a la fecha del hecho ascendía a la suma de \$5.580, lo que había sido planteado al alegar (fs. 367 vta.).

En la sentencia apelada, el juez al calcular la indemnización como una pérdida de chances, tomó como parámetro el monto del salario mínimo, vital y móvil vigente a la época del siniestro. Pero dadas las conclusiones expuestas en esta sede, que implican tener por probada la relación laboral de Beltramone, no se encuentra impedimento para proceder al cálculo tomando el valor del salario mínimo que arroja el convenio colectivo que regula la categoría laboral del actor (C.C.T. N° 507/07, art. 15 inc. f).

Para cuantificar la indemnización por lucro cesante pasado, corresponde utilizar el sistema de cálculo del cómputo lineal de las ganancias perdidas, que consiste en multiplicar el porcentaje del ingreso correlativo a la entidad de la incapacidad, por el número de períodos temporales

útiles transcurridos entre el hecho lesivo y la fecha de la sentencia (TSJ, Sala CyC., "Dutto Aldo Secundino C/ America Yolanda Carranza y Otro - Ordinario - Recurso de casación (Expte. D-02-07)", Sentencia N° 68 del 25-06-2008).

Entonces, se debe multiplicar el valor del ingreso mensual fijado (\$5.580 mensuales) calculado en base al 45,25% de incapacidad no cuestionado (porcentual de incapacidad padecido: \$2.524,95), por el tiempo que ha transcurrido desde el siniestro hasta el cumplimiento del plazo probatorio (un mes y medio), lo que arroja un total de \$3.787,43. Los intereses moratorios de tal rubro se devengan desde cada oportunidad en que debió percibirse la suma frustrada (es decir los \$2.524,95 por mes), cálculo que se difiere para la etapa de ejecución de sentencia. Los intereses moratorios serán calculados por el período que se extiende desde la fecha del ilícito 15/11/2013 y hasta el 01/01/2014 con la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., con más el 2% nominal mensual.

La indemnización restante, esto es, por los daños padecidos entre el 02/01/2014 hasta la sentencia como daño pasado, y desde ésta fecha en adelante como daño futuro, debe ser mantenida a título de pérdida de chances con los criterios de cálculo fijados en primera instancia.

Ello así, porque como ya se dijo, no hay pruebas que permitan inferir que luego de vencido el período probatorio, Beltramone fuera a ser efectivizado en su puesto de trabajo, lo que constituía una expectativa o posibilidad. De ahí que también existía la probabilidad de que éste no fuera confirmado y tuviera que obtener un trabajo en otro lado. Ello supone que no pueda aplicarse para el cálculo el monto que arroja el convenio colectivo de trabajo utilizado para el lucro cesante pasado, sino que corresponde tomar el valor del salario mínimo, vital y móvil vigente al 02/01/2014, que ascendía a la suma de \$3.600 (según Res. 4/13 CNEPySMVyM).

Por la misma razón, tampoco puede computarse el monto correspondiente al sueldo anual complementario (SAC) que peticiona el actor, desde que no se puede saber si éste frustró sus

posibilidades de continuar en la empresa R.A.M. S.R.L., o de obtener en otro lado un trabajo en relación de dependencia o de manera independiente, por lo que para cada año productivo cabe computar 12 meses de salario.

En cuanto al porcentual de la chance, estimado prudencialmente por el juez en un 70%, no encuentro razón en la crítica del apelante. Si bien el salario mínimo, vital y móvil es el umbral inferior de ingresos que puede percibir una persona, en el presente caso, el actor no tiene derecho a cobrar la totalidad de su importe, sino sólo el porcentual de incapacidad en función del cual se vio afectado su sueldo. Es decir, el 45,25% del valor de aquél.

Por lo demás, no explica el apelante por qué resulta antojadiza y carente de fundamento la estimación realizada por el juez, la que a mi modo de ver, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, las secuelas incapacitantes padecidas por el actor, que le condicionan para trabajar y la escasez de pruebas sobre este punto arrimadas por el interesado, luce justa y equitativa, por lo que debe ser confirmada.

Por otra parte, en los alegatos el actor reformuló su *petitum* indemnizatorio y diferenció entre períodos pasados y futuros en el rubro lucro cesante (reconducido *iura novit curia* a pérdida de chances), y pidió la cuantificación de los daños de manera diferenciada. No obstante, el juez aplicó la fórmula por todo el período que corre desde el daño y hasta el fin de la vida productiva útil del actor (72 años) sin distinción, de lo cual se agravia el actor.

A criterio de esta cámara, lo que corresponde es efectuar el cálculo de acuerdo con la doctrina sentada por el T.S.J. en el caso “Dutto” ya citado, que fue readecuada por el propio tribunal casatorio en su jurisprudencia para los supuestos de pérdida de chance. Es decir, cuando ésta es pasada (anterior a la sentencia), su importe se calcula según el ya referido método de cómputo lineal de las ganancias perdidas, con más la reducción porcentual de la chance, y los intereses correrán desde que cada cuota o período debió ser abonado. Si es futura (posterior a la sentencia), su valuación se realiza utilizando la denominada fórmula Marshall y los intereses moratorios recién comenzarán a correr desde la fecha de la sentencia, y finalmente,

si fuera mixta (en parte pasada y en parte futura), deberá el Tribunal, a pedido de parte, dividir la indemnización en chance pasada y futura, adicionando intereses moratorios a la primera (desde el vencimiento de cada suma periódica perdida) y no pudiendo sumar intereses antes de la sentencia a la futura.

De acuerdo con lo expuesto, la indemnización por pérdida de chances pasadas se calcula multiplicando el porcentaje del ingreso (\$3.600) correlativo a la entidad de la incapacidad (45,25%), por el número de períodos temporales útiles transcurridos entre el fin del período a prueba del contrato de trabajo (02/01/2014) y la fecha de la sentencia (12/12/2016), lo que arroja la suma de \$57.666,6 ($[3600 \times 45,25] \times 35 \text{ meses y } 12 \text{ días} = 57.666,6$). Finalmente, corresponde reducir ese importe al 70% en el que se estimó la chance, monto total que asciende a la suma de \$40.366,62 en concepto de pérdida de chance pasada.

Resta calcular el importe correspondiente a la indemnización por pérdida de chances futura, la cual como ya se dijo, debe calcularse de acuerdo con la fórmula Marshall o su abreviada “Las Heras – Requena”, compuesta por $C = A \times B$, en donde “C” es el monto indemnizatorio total, “A” equivale a la disminución patrimonial periódica a computar (disminución del ingreso multiplicada por doce meses, adicionándose un interés puro del 6% anual) y “B” se corresponde con el lapso total de períodos a indemnizar, que surge de una tabla de coeficientes relativos a la cantidad de años resarcibles. Se debe tomar el salario mínimo, vital y móvil al momento del hecho (según el caso “Dutto” ya citado), que para este supuesto el daño por pérdida de chances se configuró el 02/01/2014. El lapso resarcitorio es de 42 años, ya que al momento del hecho el actor tenía 30 años (fs. 11) y el juez estimó en 72 años su vida útil. Entonces, debe multiplicarse $\$3.600 \times 12 \text{ meses} \times 45,25\%$ (porcentaje de incapacidad) + 6%, y a ello se lo multiplica por 15,2245 (coeficiente correspondiente según tabla de coeficientes), lo que asciende a la suma de \$315.465,04. Toda vez que se trata de una chance, debe reducirse el monto obtenido a un 70%, que representa la suma de \$220.825,53. Para la indemnización por pérdida de chances pasada, los intereses moratorios correrán desde

que cada cuota o período debió ser abonado, y se calculan según la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina con más un adicional del dos por ciento nominal mensual. Los intereses moratorios de la indemnización por pérdida de chance futura comienzan a correr a partir de la sentencia de primera instancia, a igual tasa y adicional que los señalados para la chance pasada.

En definitiva, el recurso del actor merece parcial recibo, en los términos aquí expuestos.

VII La solución

Por todas las conclusiones expuestas, considero que los recursos interpuestos por las codemandadas deben ser rechazados, y que el recurso de la parte actora debe ser parcialmente admitido. En su consecuencia, corresponde revocar la indemnización reconocida a título de pérdida de chance y concederla del siguiente modo: por pérdida de chance pasada, por la suma de \$40.366,43, y por pérdida de chance futura, por la suma de \$220.825,53. Asimismo, debe concederse la indemnización por lucro cesante pasado por la suma de \$3.787,43 y debe disponerse que los intereses para cada rubro se calculen de acuerdo a lo señalados en el considerando pertinente. Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

En cuanto a las costas de primera instancia, si bien la apelación del actor ha prosperado parcialmente y el resultado al que se arriba en esta alzada implica una modificación en el monto de la condena, en primera instancia se impusieron a las codemandadas en su totalidad, lo que no ha sido cuestionado. Propongo en consecuencia que en este sentido se mantenga la decisión de primer grado.

Respecto a las costas del recurso, considero que deben ser soportadas en un 90% por las codemandadas y en un 10% por el actor, atento la existencia de vencimientos recíprocos (art. 132 C.P.C.C.), a cuyo fin, corresponde fijar las pautas para la regulación de honorarios de los Dres. Javier A. y Alejandro Schvartzman en el 40% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria en conjunto y proporción de ley, y para la regulación de los Dres.

Pedro Peralta y Felipe Andrés González en el treinta y cinco por ciento de dos puntos sobre el mínimo legal que resulte de aplicación en el caso (arts. 36, 39 y 40 de la Ley 9459), para cada uno de ellos.

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JOSÉ MANUEL DÍAZ REYNA DIJO:

1) Concuerdo en general con el voto del Sr. Vocal Preopinante, no obstante disiento en lo que hace a la cuantificación del rubro perdida de chance futura, es decir estoy de acuerdo con el encuadre, pero a mi modo de ver no corresponde aplicar sobre lo obtenido de la formula “Marshall” porcentaje alguno, sino condenar a abonar directamente el monto obtenido.

2) Ello porque se toma como pauta el Salario Mínimo Vital y Móvil siendo que el SMVM ya implica considerar el ingreso mínimo posible que una persona puede tener, y no es razonable considerar que toda la vida la persona ganara el mínimo, por ello al tomarlo en la formula, significa ya una pauta de reducción que justifica tomar el monto total obtenido como pérdida de chance.

Como dice el Dr. Belmaña no hay prueba que el actor hubiera sido efectivizado en su puesto de trabajo, ya que estaba en periodo de prueba, por ello no puede tomarse el ingreso que por convenio colectivo de trabajo correspondía a la tarea que realizaba, pero como es de suponer que algún trabajo desempeñará, es razonable que tome en consideración el Salario Mínimo Vital y Móvil, que es el menor ingreso que debería tener. Por otra, debe suponerse que progresaría y no que toda la vida haría la misma tarea. Por tanto, al tomarse la formula “Marshall” que corresponde para indemnizar el lucro cesante futuro, se lo hace de manera referencial, por ello cuando se la utiliza para cuantificar la perdida de chance como en el caso, se condena un porcentaje de lo obtenido, o se reduce alguno de los parámetros que se considera, por ejemplo el ingreso del damnificado. En el caso dicha reducción está dada por la aplicación de la SMVM que como dijimos no es razonable que hacía el futuro siempre los ingresos del actor serán los mínimos posibles.

Dicho de otra manera, se ha tomado el SMVM y ello ya implica un parámetro reducido

porque supone el mínimo posible como ingreso laboral. Por otra parte se aplica como si toda la vida fuera a ganar el mínimo o como si nunca fuera a progresar, ello encuentra sustento en que no se trata de lucro cesante futuro, sino de pérdida de chance, y esa chance mínima es la de un ingreso mínimo. Por ello es que lo obtenido de la fórmula aplicando el SMVM a la fecha de la demanda implica reparar pérdida de chance y no lucro cesante futuro.

3) En cambio en el rubro pérdida de chance pasada, si parece pertinente la aplicación de un porcentaje de lo obtenido de la aplicación de la formula porque se trata de un tiempo determinado, durante el cual si es posible suponer que su ingreso hubiera sido el mínimo, y como se trata de perdida de chance no corresponde condenar en su integridad.

4) En suma, como consecuencia de la única disidencia que tengo con el distinguido colega del Primer Voto está dada en que el monto de la condena por perdida de chance futura a mi modo de ver debe ascender a la suma de pesos trescientos quince mil cuatrocientos sesenta y cinco con cuatro centavos (\$ 315.465,04), que se obtuvo de la aplicación de la fórmula matemática financiera utilizada por el a-quo.

5) Puesto que admisión parcial del recurso de apelación implica una modificación de la base regulatoria, corresponde que sean dejadas sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas en primera instancia a los letrados, a fin que oportunamente se regulen conforme al resultado final del pleito. No así los honorarios regulados a los peritos que no se encuentran vinculados al resultado del juicio.

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA GRACIELA JUNYENT BAS DIJO:

1) Concuerdo en general con el voto del vocal de primer voto, no obstante adhiero a la disidencia planteada por el Dr. Diaz Reyna, pasando a exponer las razones que me llevan a expedirme en tal sentido.

2) En tal sentido cuadra memorar que dado al no haberse acreditado una mengua en los ingresos, la cuantía de la "incapacidad sobreviniente" o sea "pérdida de chances" no puede ser igual al lucro cesante, porque las fuentes de ingresos del accionante no se encuentran

afectadas, sino como pérdida de chance en los beneficios económicos que la incapacidad declarada puede causar en su persona.

La víctima de una afección, soporta la privación de oportunidades de progreso. Estas "chances" disvaliosas constituyen materia resarcible, que deben evaluarse computando un porcentaje sobre los ingresos actuales o sobre uno presuntivo, meritando la magnitud de la incapacidad.

Ello en tanto lo resarcible, es una pérdida de chances, es decir la privación de oportunidades económicas que tendrá el actor debido a esa incapacidad. De no ser así se confundiría con el lucro cesante. Si bien uno y otra apuntan a resarcir daños, en el lucro cesante se requiere que haya pérdidas inmediatas de ganancias mientras que en la chance las pérdidas se exteriorizan en la posibilidad y oportunidad de conseguir esas ganancias o beneficios.

La evaluación de las chances económicas reviste dificultad extrema y, si bien no se determina sobre la base de exclusivos criterios matemáticos, también debe estar exenta de irrestricta prudencialidad.

Como lo ha precisado la Dra. Matilde Zavala de González en "Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad sicofísica", t. 2 a), &117, *"un criterio para valorar la indemnización por pérdida de "chance" económica, puede consistir en averiguar lo que hubiese correspondido de haber en cambio un lucro cesante cierto, y aplicar un porcentual sobre el monto, más o menos elevado según la probabilidad de lo esperado; es decir, deduciendo de la estimación el margen de incertidumbre característico de la "chance"*.

En el caso resuelto por este Tribunal con anterior integración ("Spreafico c/ Telecom", Sentencia del 31/5/99), se ha señalado que a diferencia de un lucro cesante efectivo que supone pérdida real de ingresos, lo resarcible en materia de chance frustrada es la privación de oportunidades económicas regidas por probabilidades futuras.

Asimismo se dijo que no se ha probado que la parte actora haya perdido su empleo ni sufrido mermas de ganancias.

Ello en tanto se trata de frustración de chance, por lo que se estima ajustado tomar como base del cálculo de la indemnización tal salario mínimo vital.

Ahora bien, compartiendo con el Dr. Díaz Reyna que se debe tomar el salario mínimo vital y móvil, sin reducción dado que las reglas de la experiencia indican que a la edad de la víctima en el accidente, no será permanente en el tiempo un salario como el tomado.

Consecuentemente, corresponde condenar el rubro como pérdida de chances, compartiendo la postura del Dr. Díaz Reyna.

3) Por ello, habiendo procedido una indemnización mayor a la condenada, comparto con mi Colega Vocal de segundo voto que deben ser dejadas sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas en primera instancia, las que deberán adecuarse al resultado del presente pronunciamiento.

SEGUNDA CUESTION:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR RICARDO JAVIER BELMAÑA DIJO:

Propongo al acuerdo: 1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Municipalidad de Córdoba y Magovi S.R.L. 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia N° 484 del 12/12/2016 (fs. 402/441) y en su consecuencia, revocar la indemnización reconocida a título de pérdida de chance y concederla del siguiente modo: por pérdida de chance pasada, por la suma de \$40.366,43, por pérdida de chance futura, por la suma de \$220.825,53, y por lucro cesante pasado por la suma de \$3.787,43, todo con más los intereses correspondientes, que deberán calcularse de acuerdo a lo explicitado en el considerando pertinente. 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. 4) Imponer las costas del recurso en un 90% a las codemandadas y en un 10% al actor, atento la existencia de vencimientos recíprocos (art. 132 C.P.C.C.), a cuyo fin, corresponde fijar las pautas para la regulación de honorarios de los Dres. Javier A. y Alejandro Schwartzman en el 40% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria en conjunto y proporción de ley, y

para la regulación de los Dres. Pedro Peralta y Felipe Andrés González en el treinta y cinco por ciento de dos puntos sobre el mínimo legal que resulte de aplicación en el caso (arts. 36, 39 y 40 de la Ley 9459), para cada uno de ellos.

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JOSÉ MANUEL DÍAZ REYNA DIJO:

Voto de igual manera que el Dr. Ricardo Javier Belmaña con la única diferencia en que el monto por pérdida de chance futura debe ascender a la suma de trescientos quince mil cuatrocientos sesenta y cinco con cuatro centavo (\$ 315.465,04), agregando que deben dejarse sin efecto los honorarios regulados en primera instancia a los letrados.

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA GRACIELA JUNYENT BAS DIJO:

Adhiero al voto del Dr. José Manuel Díaz Reyna.

Por el resultado de los votos que anteceden el Tribunal, por mayoría

SE RESUELVE:

- 1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Municipalidad de Córdoba y Magovi S.R.L.
- 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia N° 484 del 12/12/2016 (fs. 402/441) y en su consecuencia, revocar la indemnización reconocida a título de pérdida de chance y concederla del siguiente modo: por pérdida de chance pasada, por la suma de \$40.366,43, por pérdida de chance futura, por la suma de \$315.465,04, y por lucro cesante pasado por la suma de \$3.787,43, todo con más los intereses correspondientes, que deberán calcularse de acuerdo a lo explicitado en el considerando pertinente.
- 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.
- 4) Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en primera instancia a los letrados, debiendo adecuarse a lo resuelto en Alzada.
- 5) Imponer las costas del recurso en un 90% a las codemandadas y en un 10% al actor, atento la existencia de vencimientos recíprocos (art. 132 C.P.C.C.).

6) Regular los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta Alzada a los Dres. Javier A. y Alejandro Schwartzman en en el 40% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria en conjunto y proporción de ley, y a los Dres. Pedro Peralta y Felipe Andrés González, para cada uno de ellos, en el 35% de dos puntos sobre el mínimo legal que resulte de aplicación en el caso (arts. 36, 39 y 40 de la Ley 9459).

BELMAÑA, Ricardo Javier
VOCAL DE CAMARA

DIAZ REYNA, José Manuel
VOCAL DE CAMARA

JUNYENT BAS, Graciela María
VOCAL DE CAMARA