

Fallo

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M

2ª Instancia. — Buenos Aires, julio 6 de 2006.

La doctora Díaz de Vivar dijo:

I.-La a quo rechazó la demanda promovida por Guillermo Hugo Minervino contra Red Vial Centro y la Dirección Nacional de Vialidad, con costas (fs. 1509/1517).

Para sí decidir consideró que el vínculo que se establece entre el concesionario y el usuario de una ruta concesionada es una relación extracontractual y en ese contexto para responsabilizarlo es necesario que la causa del siniestro radique en algo inherente a la ruta en sí misma. Entendió que para que el reclamo fuese procedente debía haberse probado que la empresa participó en la suelta de animales o bien tuvo la posibilidad de impedirla o advertirla y no tomó las medidas necesarias. Argumentó también que el peaje es una contribución vinculada al cumplimiento de las actividades estatales y por ello no genera más derechos al usuario que los que podrían generar el tributo. Razonó asimismo que la responsabilidad del concesionario no puede ser mayor que la del estado.

II.— El actor y el defensor de Menores interpusieron recurso de apelación. Concedidos los recursos y elevada la causa a este Tribunal Minervino expresó agravios a fs. 1633, cuyo traslado no contestaron las codemandadas.

Aquéel se quejó porque la demanda fue rechazada sobre la base de un erróneo encuadre jurídico, que consistió en calificar la relación jurídica con la concesionaria demandada como extracontractual. Por el contrario, sostuvo

que el usuario y la concesionaria de la ruta se encuentran vinculados por una relación contractual y en ese sentido, la empresa demandada debe ser condenada en función de haber incumplido el deber de seguridad —que se encuentra ínsito en el contrato celebrado con él por medio del pago del peaje—. Citó jurisprudencia de esta sala que avala su postura y solicitó que se revoque la sentencia (fs. 1633/1650).

La Defensora de Menores, por su parte fundó el recurso a fs. 1666.

III.— El 25 de marzo de 1997, en la ruta nacional n° 38 a la altura del kilómetro 65.6, provincia de Córdoba, Hugo Guillermo Minervino chocó contra dos caballos sin dueño conocido. Como consecuencia del impacto sufrió un traumatismo encéfalo-craneal con pérdida de conocimiento y graves heridas. Según consta en la causa penal incorporada, el accidente habría ocurrido alrededor de las cinco de la mañana y el actor fue hallado recién alrededor de los nueve.

a) Como señaló el apelante, este Tribunal, en su anterior integración, ha sostenido que la relación que se establece entre el concesionario y el usuario de un corredor de circulación, es una relación contractual de derecho privado que hace nacer una obligación objetiva de seguridad por resultado a cargo del primero (conf. "Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A.C.V. s/ cobro de sumas de dinero" del 30/4/01 — DJ, 2001-3-713—).

Al respecto cabe señalar que la privatización de los servicios públicos en la década del 90 generó, en lo que esta cuestión respecta, una relación jurídica inexistente hasta ese momento. En efecto, a través de los contratos de concesión suscriptos entre el Estado Nacional y empresas privadas, se les otorgó la explotación del tránsito vehicular. Esta situación originó una relación jurídica específica entre el Estado y concesionaria de

peaje y a otra —de distinta naturaleza— entre esta última y el usuario de la vía.

No caben dudas de que entre el Estado y el concesionario se ha celebrado un contrato de concesión de servicio público y que los derechos y obligaciones de ambas partes se encuentran delineados en el Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesión de Obra Pública; Pliego de Condiciones Particulares y el Reglamento de Explotación. Es decir la concesión de obra se rige enteramente por el derecho público y las leyes aplicables al caso, pero en lo que se refiere a la relación de la empresa que explota el corredor vial y el usuario de la misma, no es posible aplicar la citada normativa porque en el marco de este negocio, el peaje equivale al precio que el usuario paga al concesionario, como contraprestación por el servicio que le es brindado.

En este sentido, cabe agregar lo expresado por el doctor Lorenzetti, en un reciente fallo de la Corte Suprema ha dicho que "el poder público puede, legítimamente, conceder la explotación de los servicios viales, estableciendo las condiciones en que el mismo será desempeñado, así como los instrumentos para su financiamiento, todo lo cual es aceptado por el concesionario con perfecto conocimiento de sus obligaciones y riesgos frente a los terceros que se derivan de la prestación del servicio" (conf. cons 5º in re "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c. V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios" del 21-3-06).

La discusión sobre la naturaleza tributaria del peaje, pierde virtualidad en tanto la propia normativa impositiva lo grava con el impuesto al valor agregado (art. 3, R.G.D.G.I. 3545/92). Por lo tanto la suma de dinero preestablecida —denominado peaje—, que paga el usuario a cambio de la prestación del servicio, reviste la entidad de un precio.

Configurada la relación contractual, nacen para el concesionario dos obligaciones, una principal que sería la de habilitar el tránsito por el corredor vial y otra de seguridad por los daños que el usuario pudiera sufrir durante la circulación a través del trayecto concesionado. En este contexto, el incumplimiento de cualquiera de estos deberes negociales, haría nacer la responsabilidad contractual.

Como en todo contrato, el principio de la buena fe tiene e la virtualidad de incorporar al negocio, una obligación de seguridad. Esta obligación, —salvo supuestos normativos de excepción o decisiones particulares en contrario— es de resultado, generando consecuentemente responsabilidad objetiva y factor de atribución garantía. En función de su autonomía, protege intereses del acreedor asentados sobre bienes que se encuentran fuera del circa rem de la obligación principal (conf, Boragina, Juan C. y Meza, Jorge en "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993; "Responsabilidad por hecho ajeno", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995).

Al análisis hasta aquí realizado es necesario agregar una variable más ya que al resultar el peaje una típica relación de consumo, también la obligación de seguridad se halla indudablemente incorporada a su contenido virtual, en razón de la normativa de los arts. 42 CN. y 5º ley 24.240 de protección al consumidor, que expresamente la establecen, sobre este punto. Por ende, en orden a la normativa vigente ni siquiera resultaría necesario recurrir a la normativa del art. 1198 C.C., para dar fundamento a su existencia en este tipo de contrato.

Se afirma pues que el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario, es una relación de consumo. Quien paga el peaje, como quien usa de la ruta para los fines del tránsito como acompañante, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los arts. 1º y 2º de la ley 24.240.

Por otra parte, las concesiones viales conforman un servicio público al que le son aplicables las normas de la ley 24.240 (arts. 1º y 2º).

El art. 5, inc. m, de la ley 24.449 define al concesionario vial como "...el que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y la recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación...". El concesionario asume una obligación de prestar un servicio y una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad también de fuente constitucional y legal (cit. art. 42, de la Constitución Nacional) y legal (art. 5º ley 24.449; ley 24.240).

En este sentido, toda duda que generen las circunstancias del caso debe ser interpretada a favor del usuario (in dubio pro consumidor). Por ello, demostrado por el usuario el perjuicio sufrido y durante el tránsito vehicular por la vía concesionada, emergerá en contra del concesionario —tal como sucede en toda hipótesis de responsabilidad objetiva— una presunción de adecuación causal, la que deberá ser desvirtuada mediante la prueba de la fractura del nexo de causalidad o, en otros términos, probando que este vínculo presunto se ha desplazado hacia otro centro de imputación (conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Causalidad adecuada y factores extraños", en "Derecho de daños", en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 257 y cc).

Para que el hecho material del tercero pueda ser jurídicamente reputado causa ajena, es necesario que no haya sido provocado por el agente sindicado como responsable. Luego, para su posible consideración como eximente, el obrar del tercero debe poseer, respecto del concesionario de la ruta (deudor negocial), las características de imprevisibilidad o inevitabilidad propias del casus.

Deberá el responsable demostrar que el hecho del tercero le ha resultado imposible de prever (porque no existía razón objetiva para pensar que sucedería) o que no obstante la previsión y diligencia que prestó a tal efecto, no pudo evitarlo por su carácter irresistible.

Por tanto, para producir su exoneración en este plano, el concesionario debe acreditar que los hechos en cuestión no resultan imputables a su falta de previsión o de control, conforme las posibilidades que al respecto brinda la moderna tecnología.

En el supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas no constituye un evento imprevisible. Por el contrario y en particular en el presente caso, ha sido claramente previsible para el prestador del servicio. La existencia de animales en la zona y la ocurrencia de accidentes anteriores del mismo tipo, constituyen datos que un prestador racional y razonable no puede ignorar. Adviértase la cantidad de denuncias que ha efectuado ante la autoridad policial por este tema.

Es el explotador del servicio quien está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales y sus riesgos. Por el contrario, el usuario es quien está en una posición desventajosa para obtener esos datos. Es claro entonces que la carga de informarse y el deber de transmitirlo al usuario de modo oportuno y eficaz, pesa sobre el prestador del servicio y no queda cumplido tal deber frente al usuario, por la sola colocación de un cartel fijo, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho, sino que requiere una notificación frente a casos concretos.

Esta carga de autoinformación, importa también el deber de adoptar medidas concretas frente a riesgos reales de modo preventivo.

También en este orden de ideas puede sostenerse que es el prestador del servicio quien está en mejor posición para tomar medidas de prevención genéricas al menor costo.

b) Adviértase que forma parte del contrato suscripto por el concesionario, el Reglamento de Explotación de los corredores viales, dec. 2039/00 (fs. 678 y ss y fs 716 y sgtes). Pues bien, el art. 11 de este último, expresamente prohíbe la circulación de peatones y animales sueltos en tropa o en cabalgadura y establece como obligación de seguridad ante una situación de riesgo, la colocación de medidas de señalización preventivas (art.15). El ente concesionario es el responsable de los daños ocasionados a los usuarios cuando le sea imputable, mientras que los propietarios de los fundos aledaños son responsables de la presencia de animales debiendo adoptar las medidas necesarias para impedirla (art. 21 y 23). En el caso, respecto de la responsabilidad que le pudiera caber al dueño y guardián de los animales, cabe señalar que no pudo ser identificado porque los caballos carecían de marca.

Aunque no ha sido motivo de especial consideración, señalo que la responsabilidad que atribuye el art. 1124 del Código Civil por los daños que cause, no es excluyente de la responsabilidad de distinta índole que cabe a personas que —como la concesionaria vial demandada—, tienen a su cargo el deber de evitar que ningún animal esté suelto en determinados lugares por razón de la peligrosidad que su presencia representa.

Finaliza el Reglamento, adjudicando al ente concesionario el deber de tomar las medidas de emergencia necesarias en caso de accidente, para lograr el auxilio de personas y vehículos involucrados y establece que las funciones de policía de seguridad y de tránsito serán ejercidas por la autoridad pública (art.28). El ente concesionario debe solicitar auxilio de la autoridad policial para el cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 1º, 2º y 7º del dec. 11.446/90. En caso de ausencia de la autoridad pública destinada

a la policía de seguridad y de tránsito, la autoridad del ente concesionario es obligatoria para los usuarios (art. 29, conf. fs. 732)

Por las razones expuestas considero que la demandada debe responder frente al usuario por los daños causados ya que no se ha probado la ruptura de la cadena causal.

c) Surge de la instrucción penal que a las 4:50 hs del día del accidente, el agente Barrera, quien se desempeñaba como policía adicional en la estación de peaje Santa Cecilia, informó a la comisaría que metros antes de llegar al acceso sur de la localidad de la Cumbre, sobre la ruta Nacional n° 38 se había producido un accidente. Declaró que a la altura del kilómetro 65,600 había una huella de frenada en el centro de la calzada, marcas de arrastre, trozos de vidrios, acrílicos y plásticos, sobre la banquina derecha había un equino color tostado muerto, también reportó otro caballo negro sin vida sobre el margen izquierdo de la ruta (señalo que según surge del contrato el puesto de peaje n° 4 está ubicado en el km 64, es decir a 1,600 km del lugar donde circulaban los caballos sueltos).

Se sostuvo que con personal de la empresa Red Vial Centro, realizaron un amplio rastrillaje de la zona con el fin de localizar al automóvil siniestrado, sin lograrlo (fs. 281). Finalmente cuando personal de la comisaría se encontraba haciendo averiguaciones sobre los propietarios de los equinos, tomaron conocimiento que un poblador de la zona había dado aviso al personal del peaje sobre la existencia de un automóvil con una persona en su interior. Según consta en el acta eran las 8: 30hs del 25 de marzo de 1997. En el vehículo encontraron a Minervino con heridas sangrantes y de inmediato fue trasladado al Hospital Zonal Domingo Funes y posteriormente, derivado al Hospital San Roque de la ciudad de Córdoba (fs. 286/286 vta.).

Quien lo encontró fue Mercado, quien dijo que a las 8:50 regresaba a su domicilio y vio los caballos muertos tirados a ambos lados de la ruta,

siguió con la mirada el trayecto hacia el campo y alcanzó a ver un reflejo del automóvil siniestrado a unos 200 metros (conf. fs. 1211). El testigo Fernández lo ubicó a 150 metros contra el talud del ferrocarril (fs. 1239). El perito ing. Ance demostró con la toma fotográfica del fs. 1290 cómo puede visualizarse desde la ruta el lugar donde quedó detenido el automóvil siniestrado. Esto está indicando que el amplio rastrillaje no fue tal y que en lugar de volver a revisar la zona apenas saliera el sol, fue necesaria la denuncia de Mercado para salir a prestar ayuda a la víctima cuatro horas después del hecho.

Surge con claridad de la peritación realizada en autos que es difícil visualizar durante la noche, animales de color oscuro antes de que éstos sean enfocados e iluminados por los faros del automóvil. En la generalidad de los casos cuando se logra ver al animal, es a corta distancia disponible y con muy poco margen de esquivar. En el lugar donde se produjo este lamentable accidente, la velocidad permitida es de 100km/h, el camino hace una especie de hondonada que según estimó el experto provocó que inicialmente el haz de luz de los faros se proyectara por encima de los animales y recién llegó a iluminarlos cuando la distancia era extremadamente corta como para maniobrar exitosamente. Estimó que el accidente más allá de la velocidad a la que circulaba el actor, fue inevitable y en él contribuyó la característica propia de los equinos que se espantan moviéndose rápidamente y con agilidad (conf. fs. 1305 vta. 3 párr. y fs. 1306).

La vía no se encontraba correctamente señalizada y el personal de la estación de peaje, no contaba con los elementos básicos necesarios para hacer un correcto rastrillaje de la zona. Si existían rastros de frenada, vidrios esparcidos, dos animales muertos era obvio que el automóvil siniestrado debía encontrarse en dirección a la huella y en la zona. El ingeniero Ance señaló que un equipo de rescate convenientemente equipado con reflectores o busca huellas hubiera encontrado el automóvil y a su ocupante muchas horas antes. Esta falta de elementos mínimos o incuria del personal, fueron condiciones que contribuyeron a agravar el daño.

Resulta así que encuentro responsable a esta demandada y en consecuencia, no será admitida la defensa de falta de legitimación que opuso Red Vial SA. quien deberá responder por los daños. Por ello soy de opinión que la sentencia debe ser revocada haciéndose lugar a la demanda contra Red Vial Centro S.A. y la condena se hará extensiva a la citada en garantía Reliance Nacional Compañía Argentina de Seguros S.A., en los términos del art.118 de la ley 17.418.

IV.— Corresponde tratar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Dirección Nacional de Vialidad a fs. 427. La misma se fundó en el carácter de su competencia, regulada por el dec.-ley 505/58 que no le ha dejado margen para el ejercicio de poder de policía alguno y no es la encargada de alejar, incautar o encerrar animales sueltos en los campos aledaños a las rutas, quedando en manos de la respectiva autoridad policial de cada provincia, el deber y poder para la custodia de los animales sueltos (art. 1121 y 1124 y ss del Cód. Civil).

La excepción fue contestada a fs. 442, sosteniendo que ello no obstante el Estado Nacional no ha delegado la función de seguridad a manos de la autoridad provincial, por más que en lo inmediato sean las autoridades policiales del lugar las que cumplen esta función. Ya se ha visto qué es lo que dispone el Reglamento que rige la concesión y por otro lado al poner posiciones a la concesionaria, la parte actora ha admitido que era ésta la obligada a colocar carteles indicadores, suprimir cualquier causa que originara una situación de peligro para los usuarios así como controlar la presencia de animales sueltos y el estado de los alambrados (art. 411 del Cód. Proc.; pos. 6ª. a 10ª. de fs. 739 y fotografías de fs. 1269/70 en las que se observa el alambrado abierto y sin tranquera en el km. 65,200; los carteles aparentemente nuevos de fs. 1272/73 y la tranquera abierta muy próxima al lugar del hecho: fs. 1282/83).

El Jefe de Policía de la provincia de Córdoba informó que el poder de policía respecto de los animales sueltos en rutas que estén o no sujetas a peaje, corresponde a la Policía Provincial, por ley 6392 (Código de Faltas; conf. 1001, 1023 y 1026). El tramo desde el kilómetro 12, 32 hasta el 122,5 de la ruta 38, corresponde a las jurisdicciones de Carlos Paz y Cosquín, pero específicamente el kilómetro en el que se produjo el accidente corresponde a la Unidad Regional n° 3, Villa Carlos Paz y para estos sectores —excepto Cosquín y Villa Giardino—, no hubo denuncias de la empresa por la presencia de animales sueltos (fs. 1023 y 1026 pto.2). Adviértase que al momento de la peritación, continua la presencia de animales en estas condiciones en el lugar del accidente (fotografías de fs. 1283 y 1284).

Concluyo pues en que le asiste razón a DNV y corresponde hacer lugar a la excepción, rechazando la demanda a su respecto. Propondré dado que el actor pudo creerse con derecho, que las costas sean soportadas en el orden causado (art. 68 y conc. del Cód. Procesal).

V.— Veamos las circunstancias personales del caso.

a) Hugo Guillermo Minervino tenía 32 años al momento del accidente en 1997 (nació en diciembre de 1963), fue declarado insano y su padre es el curador; su madre se llama Zélideh Martha Salerno y tiene una hermana mayor. Estuvo casado pero al momento del accidente estaba separado de su mujer Adriana Serafino, con quien tiene dos hijos mellizos, hoy de unos 16 años. La madre del actor refirió a la psicóloga que se separaron porque ella llevaba una vida moral inadecuada y en la actualidad hay un litigio con la nuera por un inmueble que ocupa con su actual pareja (fs. 1069).-

Según consta en la historia clínica— social agregada a partir de fs. 623, el padre —quien concurrió acompañado por su cuñado Guillermo Salerno, de profesión editor: (fs. 623 vta), informó al Hospital Rocca que su

hijo se ocupaba de transportar materiales de construcción a la provincia de Córdoba. Conducía un automóvil prestado (sin embargo tres días antes existió una denuncia de robo sobre ese vehículo). Al ingresar al Instituto de Cirugía de Haedo en mal estado general, se consignó —presumiblemente a instancias del padre que actuaba como responsable— que fumaba 40 cigarrillos por día y textualmente se asentó como antecedente: "Cocaína inhalatoria ? desde hace un año. Alcohol esporádicamente" (fs. 624 vta).

Preguntado el testigo Folco sobre otros accidentes sufridos por Minervinovino, contestó que como camionero tuvo algunos, "rompió varios camiones" (repr. 1ª. de DNV, fs. 753 vta).

b) Corresponde analizar los daños señalando desde ya que respecto de la incapacidad sobreviviente, este Tribunal ha sostenido que debido a su distinta naturaleza el daño psíquico y el daño físico deben ser analizados por separado. Ello no obstante y en atención a la naturaleza y gravedad de las lesiones que sufrió el actor que lo incapacitan en ambas esferas serán tratados conjuntamente sin perder de vista aquella diferencia señalada, fijando una suma única para ambos aspectos. Es que en lo que respecta a los daños personales, el bien jurídico tutelado es la integridad física y psíquica del damnificado.

Se trata del derecho a la salud e integridad la persona que posee rango constitucional y está reconocido por convenciones internacionales (art. 75 inc. 22 CN). El centro es la persona en su esencia, en su condición de tal con el derecho de preservar su indemnidad en el goce pleno de sus capacidades y aptitudes físicas, psíquicas o espirituales.

Nadie cuestiona que los daños son materiales o morales, que son los existen en nuestro ordenamiento en sentido técnico-jurídico (arts. 519, 1068 y 1069; arts. 522 y 1078). No existe un tercer género, pero considero que al momento de establecer el monto indemnizatorio de los daños

derivados —y en la medida en que quede en claro su verdadera naturaleza y conceptualización—, la discusión sobre la autonomía o no del daño psicológico, no es un tema central para resolver este aspecto de la cuestión.

Como consecuencia del accidente Hugo Minervino sufrió un severo traumatismo de cráneo, con compromiso del cerebro, politraumatismos, fractura de cúbito expuesta y de radio izquierdo a nivel del tercio medio distal, fractura del hueso propio de la nariz y contusión pulmonar derecha. Según informó el perito médico designado en autos al momento de ser evaluado presentó un grave e irrecuperable cuadro neurológico secuelar del traumatismo craneal inicial que le determinó gravísimas lesiones encefálicas. Hemiplejía derecha braquio crural y en forma asociada incontinencia esfinteriana urinaria y fecal. Asimismo, sufre de múltiples trastornos neurológicos.

Sólo comprende órdenes simples y su atención es fluctuante y se agota rápidamente, consideró que padece un síndrome de frontalización, que lo hace dependiente de terceros en forma permanente para su cuidado personal. Aclaró el experto que el tratamiento neurológico que recibe es solamente paliativo y que deberá realizarlo de por vida. En atención a tales secuelas dictaminó que el actor tiene un incapacidad total y permanente del 100 % (conf. fs. 1084/1088 y explicaciones de fs. 1187).-

La perito psicóloga —también designada de oficio— estableció que Minervino es portador de severas consecuencias psíquicas derivadas de un trastorno post conmocional no especificado, con una incidencia fundamental del daño neurológico. Aseguró que al haber alteraciones cognitivas severas (incapacidad de reconocer su propia identidad, déficit total en su juicio de realidad, en su atención, concentración y memoria) está impedido de aprender, retener información, comunicarse y conectarse efectivamente con los otros. Concluyó que el psiquismo del actor ha sufrido un daño gravísimo, ya que padece de un déficit notorio del funcionamiento del Yo que no le

permite reconocerse a sí mismo y por supuesto, tampoco a los demás (conf. fs. 777/785). Añado que ante el Tribunal de Familia n° 2 de la ciudad de Morón (Buenos Aires), tramita el juicio en el cual el causante ha sido declarado incapaz por demencia, siendo su padre Hugo Lorenzo Minervino como ya adelanté el curador del incapaz (fs. 1444).

Frente a todo esto, el hecho de que ambos profesionales difieran respecto de la evolución de sus trastornos psíquicos —que según la psicóloga son susceptibles de mejoría, mientras que para el médico son irreversibles—, me inclinan a pensar como el médico ya que el daño neurológico es tal envergadura que la posibilidad de recuperación plena resulta muy dudosa.

En cuanto a la vida de relación, no cabe más que concluir que sus posibilidades de realización personal están truncadas, depende absolutamente de los otros, no controla esfínteres, no puede movilizarse por sus propios medios, no puede comunicarse eficazmente, ni reconocer y expresar sus deseos, ni trabajar.

Corresponderá evaluar prudencialmente la incidencia del gravísimo cuadro descripto, pues la indemnización a otorgar debe resarcir el daño que configura la incapacidad total de por vida, intentando reponer las cosas a su estado anterior, buscando, en la medida de lo posible, la situación semejante a aquella en donde el ilícito no hubiera sucedido (conf esta sala, exptes. n° 190.504/96, 178.874/96, 218.583/97, n° 226.686/97, 246.380/98, n° 266.353/99). En este contexto, siendo que la reparación se habrá de recibir como una prestación actual y única, para atender a gastos que irán devengándose en el tiempo, podrá ser invertida generando una renta, de la cual no cabe desentenderse (CS, "Pérez Freddy Fernando c. Ferrocarriles Argentinos s/ sumario", del 25/8/95), esto es, capital y renta deberán agotarse en el tiempo de sobrevida que se estime.

En mérito a lo expuesto, circunstancias tan especiales como las que rodean al hecho de autos, propongo fijar esta indemnización en la cantidad de \$ 280.000.

c) Daño estético. En este caso tan particular en sus características, en cuanto a la carencia de percepción del propio individuo de su aspecto, el daño estético lo considero configurado por el derecho arrebatado de disfrutar de las sensaciones placenteras que conllevan la aceptación de los demás de la propia imagen. Un individuo agradable, de aspecto normal, de rasgos armónicos y cuerpo proporcionado es acreedor de acercamiento, vínculos cordiales y más afectuosos, mientras que un ser anómalo, turbador o deforme produce rechazo y lo más grave es que se suele percibir la impresión que causa en los demás.

Parte de la doctrina y jurisprudencia tiene decidido que la lesión no constituye una categoría autónoma respecto de la clasificación del daño en patrimonial y moral, sino que posee —según los casos— proyecciones en una u otra esfera o en ambas la vez (conf. CNFed. Civ. y Com. sala II y III, causas n° 7784 de mayo 8-1979; n° 8148 de diciembre 18-1979; n° 161 de noviembre 13-1980; 179 de noviembre 28-1980; n° 461 de junio 5-1981 etc.). Así, se sostiene que si bien incide principalmente en la psiquis de quien la padece, por lo que la indemnización procede a título de daño moral, puede también ocasionar detrimentos de carácter patrimonial, lo que hará procedente además, su indemnización a título de daño material. Bajo el aspecto de daño emergente, se computarán los gastos tendientes a su disminución, mejoramiento o eliminación. Si correspondiere como lucro cesante, se incluirá no sólo la disminución de ganancias ciertas originadas por la lesión estética, sino también la probable pérdida de ingresos originada en las mayores dificultades que tendrá que vencer una persona fea o deforme, para conseguir trabajo respecto de quien se exhibe indemne o simplemente normal.

Como señalé en el primer párrafo y sin necesidad de tratar el aspecto de la autonomía o no de este ítem, lo aceptaré incrementando prudencialmente la reparación del agravio moral, por considerar dentro de aquella postura reseñada en el especial caso de autos, su repercusión sólo en esta esfera.

d) En lo que respecta al daño moral, su valoración es sumamente ardua, porque se trata de un perjuicio que comprende afecciones íntimas y personales. El caso de autos es quizás de los más difíciles, porque se trata de valorar un daño moral de un hombre joven que atravesó un estado de coma y posteriormente se convirtió en una persona totalmente dependiente, con un grado de incapacidad muy severo y con un estado amnésico que sólo puede retener en su memoria datos de lo inmediato (no recuerda su nombre y apellido: fs. 778 y sgtes). No es posible confundir el objeto de la indemnización por incapacidad, sea física o psíquica, con el daño moral. La primera resarce el perjuicio económico que puede significar la disminución de aptitudes en el plano de las relaciones humanas en general y en el de la actividad laboral. El daño moral resarce la lesión inferida a bienes extrapatrimoniales; afecta la incolumidad del espíritu quebrando el equilibrio emocional del damnificado, al hacerle padecer angustias y aflicciones que de otro modo no hubiera sufrido.

La doctrina debate si es posible reconocer el daño moral a una persona en estado vegetativo por ejemplo, en el que la aptitud de la víctima para sentir ha desaparecido totalmente. No es el caso de Minervino, en el cual no es posible desconocerle el sufrimiento, su labilidad emocional y sus estados anímicos, distimia y cambios abruptos de la expresión afectiva, como señaló la licenciada López (fs. 781).

En consecuencia de acuerdo con lo vengo diciendo estimo que debería reconocerse una suma por daño moral que abarque también el aspecto estético ya señalado y no menor a los \$ 100.000.-

e) Gastos médicos, farmacológicos, traslados, propinas y vestimenta. Cabe recordar que la jurisprudencia unánimemente ha admitido su procedencia, pese a no encontrarse acreditados documentalmente, cuando la índole de las lesiones permite inferir su erogación (en este sentido, CNCiv., sala A, "Schtromvaser de Klaperman Fanny c. Nueve de Julio SAC y otros s/ daños y perjuicios", 17-12-97; sala K, "Guerendiain Dino J. c. Lalia Carlos A. s/ daños y perjuicios", 30-11-99, entre muchos otros).

Teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones, los estudios y análisis específicos que pudieron requerirse para el diagnóstico y tratamientos prolongados a los que fue y es sometido en los diferentes centros médicos por los que pasó, considero que por este concepto se puede establecer la suma de \$ 20.000 (art. 165 del Cód. Procesal).

f) Lucro cesante. Especial tratamiento daré a las pruebas producidas para justificar este reclamo.

Se entiende por lucro cesante el quebranto patrimonial representativo de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico relacionado causalmente con el accidente. Este lucro cesante o privación de la ganancia esperada en relación de la ocurrencia del hecho ilícito, para poder ser indemnizado requiere una prueba concreta del detrimento económico efectivamente sufrido por el damnificado o cuando menos que éste aporte los datos necesarios que permitan presumirlo de un modo fidedigno, pues de otra manera el hecho ilícito podría fácilmente convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado" (conf. CNCiv., sala K, "Lanzavechia Miguel A. c. S.A. Alba fábrica de pinturas, esmaltes y barnices s/ sumario", 30-05-97; esta sala, "De Viana Javier Edgardo c. Kitairorodsky Sergio Néstor y otro s/ daños y perjuicios", 06-07-05).

En el incidente de beneficio de litigar sin gastos, en el año 1999 el testigo Plácido Ballena quien conoce a la familia desde toda la vida, dijo que antes del accidente trabajaba en un camión que no era de su propiedad repartiendo ladrillos (fs. 44 que tengo a la vista; recuerdo que por este trabajo y en concepto de lucro cesante se reclamaron \$ 480.000). También aludieron a sus viajes a Chacabuco para buscar ladrillos sus amigos Karabin y Folco. Este último sólo sabe de una actividad nueva, recién iniciada de venta de libros por comentarios de otros.

Eso mismo sostuvo su letrado apoderado Osmar Sergio Domínguez en el año 2000: "antes del siniestro trabajaba como camionero". Sin embargo dos años antes, en 1998 firmó el escrito de inicio afirmando que tenía contratos de distribución de libros con editoriales para trabajar la zona noroeste del país (fs. 51 y lo repitió a fs. 59 del incidente). También dijo que no había celebrado pacto de cuota litis con él y sin embargo tan existió que fue declarado nulo en el principal. Además actuó con un poder que dado el estado de Minervino jamás pudo otorgar en los términos de la escritura el 19 de marzo de 1999 pasada ante el escribano Rodríguez Vieytes (fs. 93 y testimonio de la declaración de incapacidad del año 2000 de fs. 1444).

Todas estas circunstancias me han llevado a un minucioso análisis de la prueba. Respecto del ítem en análisis, con sorpresa advierto que el contrato de fs. 83 y su similar de fs. 85 — que carecen de fecha cierta— las empresas tienen domicilio en Santiago del Estero 540 y 532, con los mismo teléfonos que el tío del actor Salerno, dio en el Hospital. Inclusive quien se expide sobre la autenticidad de estos contratos es este tío, hermano de su madre y vicepresidente de la empresa. Así, al contestar el pedido de informes refirió que el contrato iba a tener vigencia a partir de junio de 1997. Como el accidente ocurrió en marzo de ese año, se produjo la extinción sin que hubiera tenido principio de ejecución, por incapacidad del 100% de su sobrino Minervino para cumplirlo (fs. 762). Parecería pues que en el mejor de los supuestos, más que lucro cesante se estaría frente a una pérdida de chance.

La chance es un daño actual resarcible cuando implica una "probabilidad suficiente" de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable. La entidad y suficiencia en cuestión, depende de las características y circunstancias de cada caso librada a la prudente estimación judicial. No puede identificarse con el eventual beneficio frustrado, porque lo frustrado es la chance, la cual por su propia naturaleza es siempre problemática en su realización. Cuando la posibilidad frustrada es muy general y vaga no es indemnizable como daño material, porque sería un daño puramente eventual o hipotético. En cambio, si la posibilidad es bastante fundada, —"probabilidad suficiente"— debe ser indemnizada (Orgaz, Alfredo. El daño resarcible. p. 70, par. 24; Llambias, J. J. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t.1, p. 266, par.241, nota 20).

En consecuencia, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, su ocupación de camionero y demás pruebas colectadas propongo por este concepto establecer la suma de \$ 30.000.

g) Gastos futuros.

Cabe señalar una vez más que dada la severidad y magnitud de las lesiones que sufrió el actor y las indicaciones de los peritos sobre la absoluta necesidad de realizar tratamientos en forma permanente y contar con atención médica —entendida en su concepto integral— de por vida es un imperativo reconocer este concepto.

Se reclaman diversas sumas para gastos futuros, tratamiento psicológico, kinesiológico, fonoaudiológico, consultas neurológicas permanentes, como así también la asistencia de un terapeuta ocupacional, traumatólogo y enfermera. Por ello, el experto sugirió que fuera atendido en un establecimiento de complejidad suficiente para dar respuesta adecuada a todos sus requerimientos de salud y considerándolo conveniente propondré una única suma que le permita solventar el costo de todos los reclamos.

Ya he dicho en el presente que la reparación en sede civil busca alcanzar la integridad y en ese sentido, es indispensable procurar que Hugo Minervino tenga la posibilidad de contar con los medios necesarios para lograr la mejor atención y rehabilitación posible. No se repararían la totalidad de las consecuencias dañosas que ha sufrido por el ilícito, si no se resarcen con equidad y justeza los gastos que insume e insumirá de por vida (conf CNCiv., esta sala expte n° 181.153 del 19 de marzo de 1996).

La suma concedida como una prestación única y actual, deberá ir solventando los gastos mediante una criteriosa inversión propuesta por su curador y con la debida autorización y supervisión judicial de modo de generar una renta para afrontar aquellos gastos.

Sobre la base de tales elementos y los montos estimativos que brindaron los peritos, establezco la indemnización en \$ 180.000.

VI. El monto total por el que procede la demanda alcanza la suma de \$610.000. que llevará intereses liquidados desde la fecha del daño, según la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo a lo previsto por el art. 8° del dec. 529/91, modificado por el decreto 941/91 (doctrina del fallo plenario "Gómez Esteban c. Empresa Nacional de Transportes" —LA LEY, 93-667 — y "Vázquez Claudia c. Bilbao Walter s/ daños y perjuicios" —DJ, 1993-2-720— ratificado por el plenario "Alaniz Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI int. 200 s/daños y perjuicios" —DJ, 2004-1-784—).

Al respecto se ha entendido que "la doctrina que emerge del fallo plenario "Vázquez Claudia A. c. Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 02-08-93, que involucra la aplicabilidad de la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el B.C.R.A., determinó la fecha a partir de la cual es

aplicable dicho tipo de interés, sin que quepa efectuar distinguos con fundamento en la fecha de fijación de las indemnizaciones, ni atendiendo a la naturaleza de la obligación — deuda de dinero o valor — pues ello no surge de su extenso texto, que estableció una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad" (conf. sala D, expte. 178.393, del 25-03-96, sumario n° 8161 del sistema de jurisprudencia de esta Cámara; sala K, voto mayoritario en expte. n° 56.819 del 25-03-97, sumario n° 9775; conf. esta sala, "Gutierrez Olga Alicia c. Transporte Avenida Bernardo Ader S.A. s/ daños y perjuicios", de fecha 06-07-05).

Atento a ello, las partidas indemnizatorias fijadas devengarán intereses desde la fecha de su producción, a excepción del ítem gastos futuros el que debido a su naturaleza devengará intereses desde la fecha de esta sentencia.

Por las consideraciones precedentes si mi voto fuera compartido, propongo I.— Revocar la sentencia de fs. 1509/1517 y hacer lugar a la demanda promovida por Hugo Guillermo Minervino contra Red Vial Centro S.A., con costas. II.— Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por la Dirección Nacional de Vialidad, con costas por su orden. III.— En consecuencia, corresponde condenar a la demandada Red Vial Centro S.A. a pagar al actor declarado incapaz, la suma de \$ 610.000 en concepto de indemnización, según los considerandos de este fallo, en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de ejecución. La suma fijada y sus intereses calculados conforme lo dispuesto en el considerando VI de la presente, deberá quedar depositada en autos a la orden del Juzgado y como perteneciente a estos autos. Con costas en ambas instancias a las demandas. La condena se hará extensiva a la citada en garantía, Reliance Nacional Compañía Argentina de Seguros S.A., en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Los doctores adhieren por análogas consideraciones al voto precedente.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: I.— Revocar la sentencia de fs. 1509/1517 y hacer lugar a la demanda promovida por Hugo Guillermo Minervino contra Red Vial Centro S.A., con costas. II.— Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por la Dirección Nacional de Vialidad, con costas por su orden. III.— Condenar a la demandada Red Vial Centro S.A. a pagar al actor declarado incapaz, la suma de \$ 610.000 en concepto de indemnización, según los considerandos de este fallo, en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de ejecución. La suma fijada y sus intereses calculados conforme lo dispuesto en el considerando VI de la presente, deberá quedar depositada en autos a la orden del Juzgado y como perteneciente a estos autos. Con costas en ambas instancias a las demandas. La condena se hará extensiva a la citada en garantía, Reliance Nacional Compañía Argentina de Seguros S.A., en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Atento a lo precedentemente dispuesto déjanse sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en autos (art. 279 del Cód. Procesal) y difiérese su tratamiento para una vez practicada y aprobada la liquidación definitiva la que deberá incluir el rubro gastos y tasa de justicia a que alude el art. 1º de la ley 24.432. — Elisa M. Díaz de Vivar. — Miguel A. Vilar. — Mabel A. de los Santos.