

RESPONSABILIDAD

- Pelea - golpe de puño en una disco
- Recurso de apelación: art. 272 C.P.C.C.
- Sobreseimiento penal
- Rebeldía
- Prueba testimonial
- Dependencia
- Rubros indemnizatorios
- Daño futuro

"Luquez Diego c/ Chocobar s/ Daños y perjuicios"

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial-Sala

Causa: 49544 **R.S.:** 156/04 **Fecha:** 10/06/04

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los DIEZ días del mes de junio de dos mil cuatro, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores José Eduardo Russo, Juan Manuel Castellanos y Liliana Graciela Ludueña, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "LUQUEZ DIEGO JOSE C/CHOCOBAR S.A. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente

orden; Dres. LUDUEÑA - RUSSO - CASTELLANOS,
resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 394/405?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña,
dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 394/405, interponen las partes y la citada en garantía, recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 434/440, fs. 447, fs. 450/452, fs. 455/456, replicados a fs. 459/65, fs. 467/8 y fs. 471/472.

Actuó la Sentenciante la pretensión indemnizatoria, condenando a Luis Juan Barrios y Raúl Ramón González en su carácter de integrantes de la sociedad de hecho Chocobar y a Carlos Horacio Derudi en su carácter de empleado de éstos, a abonar a Diego José Luquez la suma de \$21.500, con intereses y costas; condena extensiva a la Compañía Argentina de Seguros Victoria S.A..

II) Hizo extensiva la condena la Sentenciante a la Compañía Argentina de Seguros Victoria S.A. en su condición de aseguradora, la apelante citada en garantía solicita el rechazo de la misma a su respecto alegando la no existencia de seguro alguno a favor de los demandados.

Luis Juan Barrios y Raúl Ramón González al contestar la demanda no alegan haber contratado seguro alguno, es más mantienen silencio a la intimación que se les cursara para que denuncien la empresa aseguradora. Atento tal circunstancia es el propio actor quién denuncia que a la fecha del siniestro los demandados poseían un seguro de responsabilidad civil en la Compañía Argentina de Seguros S.A. (fs. 79 y no 29 como erróneamente se consigna en el auto de fs. 80, identificándola como póliza n° 711526). Ante tal circunstancia se la emplaza para que haga valer sus derechos (auto de fs. 81 y 82, cédula de fs. 83), venciéndole el término sin hacerlo (auto de fs. 86 del 23/5/2000). El 15 de agosto de 2000 se presenta la citada en garantía como parte y constituye domicilio, pero aún extemporáneamente, nada afirma en punto a la inexistencia del seguro, recién pide el rechazo de la demanda por tal circunstancia al expresar agravios, por lo que a esta Alzada se le ofrece una valla imposible de sortear a la luz de lo prescripto por el art. 272 del ritual.

Los poderes de la jurisdicción de la Alzada quedan enmarcados dentro de las dos grandes

vertientes que ofrecen por un lado el postulado de congruencia y por el otro, el principio dispositivo. Esto es la limitación que resulta de la relación procesal, que aparece con la demanda y contestación, y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1971-II-920; Ac. y Sent. 1978-III-191).

Si se admitiere que en la Alzada pudieran tratarse capítulos no esgrimidos en Primera Instancia, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (art. 272 C.P.C.C.; S.C.B.A., D.J.J.B.A. 117-142; 103-57; 117-41; 115-237, etc), habiendo declarado la Suprema Corte que no puede someterse a conocimiento de la Alzada, defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente (Ac. 34.562, 41.539, 42.241) y que los tribunales de apelación no pueden fallar sobre puntos o capítulos no propuestos a decisión del Juez de Primera Instancia (Ac. 40631, 51.677, 52.837), por lo que este agravio no merece tratamiento.

III) El codemandado Luis Juan Barrios y la citada en garantía se quejan de la responsabilidad que se les imputa ya que medió un sobreseimiento en sede penal y que la prueba testimonial aportada es endeble, la citada en garantía además del alcance dada a la rebeldía.

Cabe puntualizar que no resulta óbice para el análisis y determinación de la responsabilidad civil de los accionados, la resolución que decretó el sobreseimiento provisional en la causa penal nº 50066 venida ad effectum videndi et probandi. En efecto, una cosa es que se haya juzgado que no resulta debidamente justificada la responsabilidad criminal, y otra muy distinta la relacionada con la condenación en juicio civil al pago de los daños y perjuicios apreciados desde este vértice (arg. art. 1103 Código Civil).

Es contumaz, el justiciable que, debidamente citado, no responde al acto citatorio apersonándose al órgano jurisdiccional (arts. 59 C.P.C.C.); la declaración de contumacia de fs. 27 del empleado Carlos Horacio Derudi, pedida por la parte actora, constituye una verdadera sentencia interlocutoria declarativa de certeza negativa, cuyos efectos se producen en todos los actos procesales siguientes (art. 161 C.P.C.C.).

El artículo 487 del código ritual no se refiere a los "hechos acerca de los cuales no hubiere conformidad entre las partes" -como reza el art. 358 al legislar sobre procesos de conocimiento-, sino que alude a "hechos controvertidos", o sea, que hayan sido discutidos, negados o impugnados. Pero no puede válidamente sostenerse que el silencio del demandado signifique oposición, discusión o negación de los hechos alegados por el actor (arg. artículo 354 inc. 1ero.,

aplicable artículo 484 párrafo 1ero. del ritual), porque precisamente ese silencio puede interpretarse como reconocimiento, no como desconocimiento.

Quien no comparece a estar a derecho, abdica un derecho disponible y no necesita ser defendido por el órgano jurisdiccional, en lo que se refiere a la situación puramente fáctica de la demanda. El juez solamente podía pronunciarse sobre el derecho que corresponda al actor, teniendo como fundamento los hechos afirmados (Carlo Carli, "La demanda civil", Ed. Lex, 1983, pág. 133 y ss.; esta Sala, mis votos, Cs. 23.617 R.S. 273/89; 25.375 R.S. 249/90; 32.749 R.S. 57/95; 35.046 R.S. 144/96; 48.386 R.S. 44/2003).

Si bien el artículo 60 del C.P.C.C. dispone para la rebeldía no alterará la secuela regular del proceso, agrega que, la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido por el artículo 354 inc. 1ero. del C.P.C.C. En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos afirmados por quien obtuvo la declaración. La rebeldía del demandado -en la especie autor de la lesión- debe tenerse por equivalente al silencio o negativa a contestar, es decir, que debe admitirse la verdad de los hechos lícitos expuestos en la demanda y la autenticidad de la documentación acompañada (Podetti, "Tratado de los actos procesales", n°1-111), tal como lo hizo la Sentenciante.

Reconocieron Barrios y González al absolver posiciones que Derudi trabajaba para el local bailable sito en Julio A. Roca n° 1256 de Hurlingham en noviembre de 1997 (posiciones 1 y 2 pliego de fs. 156, acta de fs. 157 y pliego de fs. 158, acta de fs. 159, art. 421 párrafo 1ero. C.P.C.C.), estando autorizado a negar el ingreso de algunas personas (posición 5ta. de González, acta y pliego ya referido). Surge de los escritos constitutivos del proceso, de la rebeldía del codemandado y de las declaraciones testimoniales que, el día 8 de noviembre de 1997 en momentos en que Diego José Luquez pretendía ingresar con un grupo de amigos al local bailable "Chocobar", propiedad de los codemandados, fue golpeado en el rostro por Carlos Horacio Derudi, empleado al cuidado del lugar, lesionándolo (declaraciones de Vernhet, Perdiguero y Ferro actas de fs. 162/164, 165/166 y 344/345, art. 456 C.P.C.C.).

El testigo, es por definición, el tercero que comunica datos que no eran procesales en el momento de su observación; ahora bien, al enfrentarse al dato comunicado por el testigo no puede olvidarse que la inexactitud y la mendacidad no se presumen, sino, por el contrario, "el testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y que no trata de engañar al Juez", ya que "la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos

que restan al juez para la averiguación de la verdad" (Alsina, "Tratado...", Ediar, 1958, pág. 530 y sgts., esta Sala mi voto cs. 41178 R.S. 261/98, entre otros).

La amplitud probatoria que consagra nuestro código de fondo no puede ir en desmedro de la fuerza de convicción que los medios probatorios deben alcanzar para llevar al convencimiento del Juzgador que los hechos son ciertos, convicción que debe ser formada conforme a las reglas de la sana crítica que consagra con voz fuerte el artículo 384 del código ritual y estas declaraciones valoradas con la prueba confesional y las constancias objetivas de la causa, no desvirtuadas por ninguna otra prueba, son suficientes para tener por acreditado el hecho y la responsabilidad del dependiente y de sus principales.

Se entiende por dependencia en el sentido del artículo 1113 párrafo primero del Código Civil que el autor del hecho haya dependido para obrar de una autorización del principal (se acreditó que Derudi estaba autorizado a negar el ingreso de algunas personas al local bailable). Responsabilidad que para los principales es inexcusable en mi entender, toda vez que la norma establece la responsabilidad del principal sin la posibilidad de demostrar su falta de culpa, como en otros casos lo permite (párrafo segundo del mismo artículo). Ello sentado y a la luz de lo prescripto por los arts. 1109 y 1113 párrafo 1ero. Código Civil el agravio de los apelantes ha de ser desestimado, confirmando lo decidido.

IV) Fijó la Sentenciante en la suma de \$9.500 la lesión estética, apelando Barrios y González por considerarla elevada afirmando que una vez repuesta la pieza dental no hay lesión estética que reparar. A su turno la citada en garantía sostiene que no debe considerársela como rubro independiente sino que integra el daño moral y en subsidio, la considera elevada.

A raíz del hecho sufrió el actor traumatismo en la boca, con tumefacción de labios, visualizándose fractura cervical del diente incisivo superior derecho y fractura del incisivo izquierdo a nivel incisal (borde libre del mismo) (informe médico policial de fs. 11 vta. causa penal). Atendido en el Hospital "San Bernardino" de la Municipalidad de Hurlingham, se le diagnosticó contusión labio superior e inferior, con movilidad dentaria superior (fs. 135). A su turno, el Perito Odontólogo de la Dirección General de Asesorías Periciales constata que el actor sufrió la pérdida del incisivo central superior derecho (por fractura longitudinal de su raíz), siendo las piezas más importantes con referencia a la estética facial, agregando que cualquiera sea el método de reposición (prótesis fija o implante), la rehabilitación nunca alcanzará la perfección de un diente natural y vital (dictamen de fs. 191/192 del que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.).

Cualquier desfiguración física producida por las lesiones, configura un daño estético, ya que la integridad corporal es un bien cuyo desmedro da lugar a la pertinente indemnización, pero para que sea computable independientemente ha de tener alguna entidad (esta Sala Cs. 29.340 R.S. 115/93, 38.652 R.S. 246/97). Tal entidad la encuentro configurada en la especie valorando la opinión del perito odontólogo, proponiendo su reducción a la suma de \$5.000 la que estimo justa y equitativa (artículos 1086 Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.), ya que la lesión estética queda acotada en el tiempo hasta la reparación de la pieza dental. Revocando este aspecto del decisorio y acogiendo parcialmente la apelación de los codemandados.

V) Fijó la Sentenciante en la suma de \$10.000 el daño moral, apelando el actor por considerarla baja y los codemandados y la citada en garantía por considerarla elevada.

A la luz de lo normado por el artículo 1078 del Código Civil, el daño moral debe comprender el resarcimiento de la totalidad de los padecimientos físicos y espirituales derivados del ilícito, su estimación no debe ni tiene porque guardar proporcionalidad con los daños materiales emergentes del ilícito pues la magnitud del daño en tal sentido, sólo depende de la índole especial del hecho generador de la responsabilidad y no del resarcimiento específicamente

referido al daño material. El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (cs. 31.042 R.S. 74/94 y 31.272 R.S. 21/94; 34.086 R.S. 201/95).

Ello sentado, considero justo y equitativo mantener el importe fijado, desestimando ambos agravios (artículo 165 in fine C.P.C.C.).

VI) Fijó la Sentenciante en la suma de \$500 los gastos médicos y de farmacia, apelando Barrios por considerarlos elevado.

Si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (artículo 375 del C.P.C.C.), no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, pero es necesario, que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido. La indemnización entonces debe fijarse a la luz de lo prescripto por el artículo 165 in fine del C.P.C.C., con suma prudencia, pues la falta de una prueba específica obliga a recurrir a dicha norma y no puede convertirse en una fuente de indebido beneficio. Ello sentado valorando las lesiones sufridas por el actor, estimo prudente reducir su importe a la suma de \$250, acogiendo el agravio del codemandado (artículos 1086 Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.).

VII) Estableció la Sentenciante en la suma de \$1.500 el tratamiento odontológico que aún no ha realizado, el que conceptualiza como daño futuro, apela la actora por considerarla baja.

La sentencia considera como presente, como "actual", todo daño efectivamente producido al momento en que se dicta. El Juez en su sentencia, deberá referirse a aquello que se alegó y probó, actividades desarrolladas en momentos anteriores, pero fusionadas en el instante de la sentencia. Serán entonces daños "futuros" los que, necesariamente, con certeza, han de producirse luego de su dictado.

Dicho de otro modo, daño actual es el menoscabo ya operado y subsistente en el patrimonio de la víctima al momento de la sentencia; el daño futuro es aquél que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá luego de su dictado. Es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, un daño cierto, la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su reparación (Moisset de Espanes, "Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro"; Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 41; esta Sala mis votos, Cs. 34.349-R.S. 214/95, 46.073-R.S. 186/2002).

De modo entonces que, el gasto odontológico, es un gasto derivado del accidente y previo al dictado de la sentencia y por lo tanto así meritado, propongo confirmar la suma acordada a tono con lo

dictaminado en la pericia odontológica referida, desestimando el agravio.

VIII) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 260, 261 y 266 C.P.C.C.) propongo confirmar la sentencia en lo principal que decide. Fijando los montos indemnizatorios en las siguientes sumas: \$5.000 por lesión estética, \$10.000 por daño moral, \$250 por gastos y \$1.500 por gastos de tratamiento odontológico. Costas de esta Instancia a los demandados fundamentalmente vencidos (artículos 68 pár. 2do. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.-

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Russo y Castellanos, por iguales fundamentos votaron también PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde confirmar la sentencia en lo principal que decide. Fijando los montos indemnizatorios en las siguientes sumas: \$5.000 por lesión estética, \$10.000 por daño moral, \$250 por gastos y \$1.500 por gastos de

tratamiento odontológico. Costas de esta Instancia a los demandados fundamentalmente vencidos (art. 68 pár. 2do. CPCC), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

ASI LO VOTO

Los señores Jueces doctores Russo y Castellanos por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 10 de junio de 2004.-

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se confirma la sentencia en lo principal que decide. Fijándose los montos indemnizatorios en las siguientes sumas: \$5.000 por lesión estética, \$10.000 por daño moral, \$250 por gastos y \$1.500 por gastos de tratamiento odontológico. Costas de esta Instancia a los demandados fundamentalmente vencidos, difiriéndose las regulaciones de honorarios.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. José Eduardo Russo, Dr. Juan Manuel Castellanos. Ante mí: Esteban Santiago Lirussi.-

