

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 20 de mayo de 2015. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Edgardo J. CAMPERI, Carlos M. CUELLAR y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "MORALES, MARIA EUGENIA C/ CATEDRAL ALTA PATAGONIA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (R.C. 00275-14) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Los Dres. Edgardo CAMPERI y Carlos CUELLAR dijeron:

1) Corresponde resolver las apelaciones interpuestas tanto por la CAPSA (fs. 613) como por la Sra. MORALES (fs. 619) y PROVINCIA SEGUROS S.A. (fs. 623) contra la sentencia que hiciera lugar parcialmente a la demanda (fs. 596/605) concedidas libremente con efecto suspensivo (fs. 620 y 624), fundadas (fs. 669/675 vta., 677/683 vta. y 696/700) y sustanciadas (fs. 690/695, 701/711 y 715/717); y asimismo las deducidas tanto por CAPSA (fs. 614/618) contra todas las regulaciones honorarias por altas, sustanciada con la actora y sus letrados (fs. 625/626), como por la Cra. YERO (fs. 637) contra la suya propia por baja.

2) Por haberse direccionado los recursos de CAPSA y PROVINCIA SEGUROS S.A. contra el mérito de la responsabilidad elementales razones de buen orden metodológico aconsejan tratarlo en primer lugar.

No sólo que ninguna de las críticas de las apelantes contra dicha cuestión son atendibles sino que strictu sensu las desarrolladas por PROVINCIA SEGUROS ni tan siquiera son tales.

En efecto: puede verse sin hesitación ninguna posible, aún pese al criterio amplio vigente en materia de apreciación del memorial de agravios, cómo directamente no hay de parte de la Aseguradora ninguna crítica concreta ni razonada de la resolución en crisis, por lo que su recurso debe declararse desierto sin más trámite al no haber satisfecho mínimo minimorum las exigencias legales adjetivas (art. 265 y 266 Código Procesal) .

Recuérdense al respecto las siguientes ideas medulares que desde siempre vienen signando esta cuestión.

El memorial presentado por un recurso en relación debe necesaria y fatalmente representar un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante

entiende que lo perjudica. El hecho que la crítica sea razonada importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de los motivos por los cuales el Juez hubo errado en su decisión. El memorial constituye la demanda con que se inicia la instancia, de forma que sin ella no hay juicio de apelación (Costa, E., "El recurso de apelación", p. 152). En la vía de apelación (impugnación por errores in iudicando) la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos fue errada (porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, incompleta, se omitieron considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (porque no se aplican las normas previstas, su alcance es distinto, etc.). Cuando el memorial no contiene los elementos mínimos necesarios para su procedibilidad el recurso debe declararse desierto, ya que en tal caso la impugnación realizada carece de eficacia suficiente. La ley requiere un análisis razonado y crítico del fallo, es decir la demostración de los motivos que se tienen para considerarlo equivocado, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa no puede haber agravio que atender en la Alzada pues, por falta de suficiencia técnica, no existe su cabal expresión. La autonomía en el propósito revisor impide que la expresión de agravios se autoapoye en un indebido reenvío a consideraciones anteriores, porque se trata de satisfacer una carga técnica temporalmente única y concentrada. Como casi siempre es más difícil hacer un fallo que anotarlo el esfuerzo rectificatorio que se busca en la Alzada para obtener su modificatoria o revocación debe ser concreto, circunstanciado, razonado, crítico, objetivo, serio y adecuadamente motivado. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado, o sea que debe decirse cuál es el agravio. Y lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, es decir que debe exponerse por qué se configura el agravio. La ley requiere primero que el apelante seleccione el argumento del discurso del Magistrado que constituya la idea dirimente por conformar la base lógica de la decisión, luego que señale cuál punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o interpretación jurídica que llevarán al ulterior desacierto concretado en la sentencia; si el memorial no se formula así resulta derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada. Hay así una necesidad imperiosa por parte del recurrente de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de posibilitar el contralor jurisdiccional propio de la 2a. instancia; si falta ese juicio de ponderación razonado, si faltan esas argumentaciones, la

Alzada carece del material indispensable para confrontar los argumentos del Juez a quo con los que -de contrario- aduce el apelante. El memorial debe autoabastecerse lo cual impliaca que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa pues el recurso debe bastarse a sí mismo. Las simples manifestaciones, por resultar inoficiosas y haber sido ya juzgadas, no suplen la formulación de una impugnación categórica y específica del pensamiento del Juez; deficiencias todas ellas que no pueden ni deben suplirse de oficio por la Alzada porque la carga de agravarse como marca la ley es un imperativo del propio interés del recurrente. El memorial, entonces, debe alcanzar un mínimo de suficiencia técnica, desarrollando en forma completa y acertada argumentos que patenten la pertinencia de lo aseverado e ingresando en un análisis integral de los presupuestos fáctico-jurídicos que desarrolló el Juez, para evitar la deserción. Si la queja se insinúa sin tomar cuenta racionalmente de lo dicho por el Juez para rebatirlo con nuevas ideas, la deserción recursiva se impone. En fin: así como no corresponde auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, del mismo modo tampoco procede una libérrima actitud oficiosa que -superando a la justicia rogada- termine provocando una lesión disfuncional al principio de bilateralidad. Como correlato forzoso de la aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia del memorial trae aparejado el consentimiento tácito de la sentencia en crisis. Cuando el memorial carece de suficiencia técnica, como sucede si se limita a hacer una impugnación del fallo en términos generales sin exponer las causas por las que se lo considera equivocado, el mismo no alcanza a reunir el nivel mínimo y conduce a la deserción. En suma: no obstante el criterio restrictivo que rige en torno a esta sanción si el escrito no cumple de modo manifiesto la carga procesal referida a la necesidad de articulaciones razonadas, fundadas, y objetivas sobre errores de la sentencia, puntualizados mediante un análisis crítico de tal forma que la misma ha de perder su jerarquía de verdad conclusiva, fatalmente debe llegarse a declarar su deserción (cf. in extenso Falcón, E., "Código...", T° II, págs. 422 y sgts.; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° III, págs. 332/375; Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, pags. 599 y sgts.; Carrió, G., "Cómo argumentar y estudiar un caso frente a un Tribunal", Rev. Jus, La Plata, N° 25, p. 43; Alsina, H., "Derecho Procesal", Vol. IV, p. 389/390; Ibañez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el procesio civil", p. 43; etc.). Luego: si ut supra hube prevenido cómo PROVINCIA SEGUROS omitió todo mínimo cuestionamiento cali y cualificado a las sucesivas premisas en las cuales el Juez apontocara su decisión de responsabilizar a su asegurada por el accidente, en tanto y

cuanto limitó el alcance de su memorial -reducido strictu sensu a su última foja- a un cúmulo de manifestaciones dogmáticas mixturadas con citas doctrinario-jurisprudenciales inconexas con las constancias de la causa pero sin dotarlo de la imprescindible mínima suficiencia técnica, irrumpe como única posibilidad la referida deserción.

Vayamos pues al estudio del recurso de CAPSA que sí satisfizo el umbral formal mínimo señalado para merecer atención de parte del Tribunal.

Es bien conocido que en nuestro derecho rigen dos reglas casi pétreas en materia de prueba testimonial: una idica que los testigos se pesan y no se cuentan y otra, que podría interpretarse como su contracara previene sobre la atendibilidad del testigo único a condición de que sus dichos sean eventualmente corroborados por otros medios de prueba.

En orden a lo anterior, si de reducir mínimo minimorum la cuestión de la eficacia probatoria dirimente de los testimonios se trata tenemos que mientras, de un lado, la Sra. Balseiro corroboró in totum la versión fáctica brindada por la Sra. MORALES en cambio, de otro, los Sres. Somweber, Rechenq y Bacer hicieron lo propio con la de CAPSA S.A.; pero sin embargo todos tales testigos tienen un denominador común dado, en efecto, por su directa vinculación con una u otra de ambas partes.

¿Qué hacer entonces?

Si bien el Juez a quo directamente optó por privilegiar, para discernir tal aporía configurada por el peso antes que por el número de testigos, los dichos de la Sra. Balseiro, por ser la única que presenció el momento exacto de la caída de la Sra. MORALES, frente a los de los tres restantes (dos de los cuales -Sres. Somweber y Rechenq- llegaron enseguida al lugar) lo cierto y dirimente, en nuestra opinión, es que aún en la hipótesis de persistir el estado hesitativo sobre la exacta locación del lugar donde aconteció el accidente motivo del juicio, circunstancia que estuvo presente a todo lo largo del trámite, por privilegiar la condición de amiga de la Sra. Balseiro con relación a la Sra. MORALES por encima de la de único testigo ocular, en cualquier caso, tal duda debe "ope legis" favorecer a la actora por su evidente condición de consumidora y/o usuaria del servicio prestado por CAPSA en el ámbito de una incuestionable relación consumista (art. 40 párrafo 2º ley 24.240).

Esta interpretación aplicativa del régimen legal de consumidores y/o usuarios (ley cit.) in extremis a las circunstancias del caso, bien estructurada por el sentenciante originario incluso correlacionándola pari gradu con la responsabilidad objetiva del derecho común

(art. 40 cit. LDC) de consuno con el art. 1113 Código Civil), que con arreglo al principio de eventualidad hubo debido merecer una crítica concreta y razonada, fue tácita y/o implícitamente consentida por CAPSA sencillamente porque a su entender no hay duda sobre que el lugar del accidente haya sido fuera de pista (fs. 679 vta. in fine).

Con otras palabras: rectamente interpretada la parte pertinente de la sentencia en crisis no es, como dice CAPSA, que el Juez de grado sólo asignó dirimente eficacia probatoria únicamente al testimonio de la Sra. Balseiro sino que, al contrario, meritando de manera conjunta los dichos de ella y los de los Sres. Somweber y Rechenq (como lo prueba el hecho de no haber siquiera mencionado a los Sres. Bacer, Pitte, Rodríguez y Dei Vecchi) y como aún persistía una duda razonable sobre la ubicación del lugar del accidente recurrió al principio in dubio pro consumidor para concluir que éste sobrevino dentro del ámbito de la pista llamada directa lo cual, como inmediata y necesaria consecuencia de la responsabilidad de base objetiva en juego por vía de los dos regímenes jurídicos referidos, conlleva la culpa con base en la negligencia y/o imprudencia de CAPSA S.A. y no en la de la Sra. MORALES.

De paso recordemos que definir la figura del guardián no ha sido tarea fácil. La ley menciona a quien se sirve de las cosas o las tiene a su cuidado (art. 1113 cit.). Según algunos se hace referencia al guardián jurídico que es quien tiene la obligación impuesta por la ley de cuidar la cosa, de impedir que ella pueda lesionar y quien tiene una verdadera facultad de dirección; pero debido a las nefastas consecuencias inmediatas tal posición hubo quedado en franca minoría (Pizarro, F., "Responsabilidad civil", p. 359; Mazeaud, H. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Vol. 2, T° I, p. 1159 y sgts.). La opinión doctrinario-jurisprudencial mayoritaria sigue el criterio de la dirección intelectual predominante en el derecho francés, que considera que es el poder de dar órdenes relativas a la cosa o el poder de mando sobre ella o bien la autoridad ejercida o, en fin, el poder independiente de dominio y dirección; lo que caracteriza al guardián es el poder independiente de mando, de dirección y control sobre la cosa, la persona que tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia y gobierno sobre la cosa (Brebba, R., "Accidentes de automotores, p. 38, y "Problemática jurídica de los automotores", T° 1, p. 93; Llambías, J., "Obligaciones", T° IV-A, N° 2585). Y para una tercera corriente guardián es quien se aprovecha, usa y se beneficia, económica o personalmente de la cosa (Spota, G., "El concepto jurídico de guardián" LL 9-714; Salas, A., "El responsable por los daños causados", JA 54-570; Borda, G., "Obligaciones", T° II, N° 1467). No debe perderse de vista que nuestra ley

no recoge un concepto unívoco sino que admite una doble línea de legitimados pasivos: aquellos que tienen la dirección de hecho y los que reciben un beneficio económico, es decir se atiende a dos pautas como son servirse de la cosa y tenerla bajo el cuidado; mientras servirse de la cosa entraña un concepto indiscutiblemente económico, ya que se sirve de ella quien le saca beneficio o la aprovecha, en cambio tenerla bajo el cuidado induce al control, a la dirección y a las facultades (Trigo Represas, F., "Dueño y guardián en la responsabilidad por el hecho de las cosas" en Estudios de Derecho Civil", p. 540). Cuando el provecho y la guarda no se superponen no hay por qué dar prevalencia a una situación sobre la otra, que es lo que hacen la mayoría de los autores (v.gr. Salas, A., ob. cit.); por el contrario hay que estimar que es guardián tanto el que se sirve de la cosa como el que la tiene a su cuidado, pues no otra cosa significa la conjunción disyuntiva "o" contenida en la norma (Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil", T° 5, p. 471). Inclusive puede haber hasta supuestos de guarda compartida cuando varias personas se sirven en común de una misma cosa o asumen de ese modo el cuidado de ella: en tal caso todos son guardianes porque no hay diferencia en cuanto al poder de gobierno y dirección de la cosa que cada cual ejerce (Borda, G., "Obligaciones", T° II, n° 1473). El fundamento de la responsabilidad del guardián radica pues en la culpa en la guarda cuando el daño es causado por el hecho de la cosa, ya que la ley reprocha que aquél se sirviera de la cosa en un estado potencialmente dañoso del cual deriva el perjuicio ajeno o bien que haya cuidado (descuido) la cosa de manera impropia o ineficiente. A su vez el guardián puede eximirse de responsabilidad si prueba que la verdadera causa del daño reside en una causa extraña a él, a saber: caso fortuito o fuerza mayor o culpa de la víctima o de un tercero.

Pero sin embargo, a nuestro criterio, han quedado suficientemente acreditadas varias otras circunstancias de reconocido carácter indiciario y/o conjetural que permiten abonar todavía más esa misma conclusión del Juez a quo.

Así por ejemplo la modalidad con que en 2008 se confeccionaba el reporte o planilla de pasajero evacuado (ver fs. 38/39), según declarara la Srta. Rechenq -patrullera de CAPSA que confeccionara la que interesa a este caso-, no es la misma con que se lo hace hoy día, ya que mientras antes los datos se volcaban primero en una libretita de mano y después (de bajar al accidentado y volver a subir por ejemplo a la cuádruple) en la planilla actualmente los reportes son más específicos porque se detallan más cosas, resultando también sugestivo que no siempre se tomen fotografías "in situ" del lugar de la caída del esquiador, un recurso tan económico y elemental, ni bien lleguen los

patrulleros u otro personal de auxilio. Esa misma testigo, es decir la patrullera Srta. Rechenq, aludió a algo por cierto igualmente tan elemental como al llamado mapa de pistas pero también sugestivamente no fue acompañado al juicio; siendo indudable que, por el juego del principio de las cargas probatorias dinámicas era CAPSA y no la Sra. MORALES a quien incumbía prioritariamente su adjunción ya que, presumiéndose iuris tantum su responsabilidad objetiva en el hecho (cf. normativa cit.), hubo alegado como único eximente la culpa de la víctima que era de su exclusivo y excluyente cargo acreditar de manera acabada y completa. Es evidente que de haberse contado con aquella prueba "histórica", pues el trazado de la pista directa hubo variado desde 2008 al presente, acaso otra pudiera haber sido la suerte del juicio. Tanto así como que el testigo Sr. Bacer, sobre cuyos dichos mucho insistió CAPSA en sus agravios pese al conocimiento suyo que manifestó al responder a las generales legales y a su vinculación como instructor de la Escuela de Esquí Catedral, dijo que el lado izquierdo era fuera de pista cuando sucedió el accidente pero hoy ya no (cf. DVD respectivo).

Así también otros testigos, no alcanzados por las generales de la ley y por ende de atendibilidad plena, brindaron datos relevantes, potenciados en su eficacia probatoria por la intrínseca cali y cualificada incumbencia profesional, que refuerzan la solución que proponemos. Es el caso del Sr. Pitte, instructor nivel 4 desde 2003 dependiente del Club Argentino de Ski, quien tajantemente dijo, entre otras cosas, que la torre 6 está en medio de la pista y justo allí hay un cambio de pendiente, es zona de pista y no fuera de pista, hay lugares señalizados y otros no, no es como en otros centros mundiales donde en verano limpian las pistas y siembran pasto lo que no sucede en C° Catedral, los obstáculos que más hay son piedras, vegetación no cortada de raíz, ramas, restos de cables, la pista en cuestión en los últimos años mejoró algo pero igual hay piedras, 2008 fue un año bastante malo por la poca nieve, y, en fin, por esa pista puede bajar cualquier esquiador que domine las técnicas básicas (recordemos que la Sra. MORALES sería esquiadora desde su llegada a Bariloche en 1987). Y también es el caso del Sr. Gutierrez Arana, instructor nivel 2 desde 2002 dependiente del mismo CAS, quien rotundamente dijo, entre otras cosas, que conoce la pista denominada directa, no hay señalización fuera de pista, la columna 6 está casi en la mitad de la pista, la señalización en C° Catedral no es buena y cambia constantemente, hay piedras en los extremos, la llegada a la silla séxtuple es el punto más transitado y como la gente toma la cuádruple pasan por la torre 6, él mismo lleva sus alumnos por esa pista y, en fin, la vigilancia deja bastante que desear (DVD cit.).

De tal manera pues, para lo que aquí y ahora interesa establecer, resulta determinante cómo ubicado el lugar muy probable del hecho, por el juego armónico del principio in dubio pro consumidor con arreglo a esas otras circunstancias acreditadas del caso ya referidas y por cierto nada menores, dentro de una pista y no fuera de ella y cómo de consuno, a partir de tal antecedente, la existencia en su trayectoria de un obstáculo configuró la causa directa e inmediata altamente verosímil de la caída de la Sra. MORALES, en cualquier caso la responsabilidad civil de CAPSA (concesionaria) está determinada por su doble condición de prestadora servicial y guardiana de la cosa (pista) y prevista ope legis por la ley (cf. normativa ya citada) con arreglo, en definitiva, a que su poder controlante y/o vigilante sobre el lugar del accidente la obligaba a prevenir y/o evitar de manera eficaz la secuencia de hechos que precedieron el desenlace; este juicio reprochable de mérito, por el que CAPSA debe responder por el daño causado a la Sra. MORALES, es precisamente lo que se conoce en el régimen jurídico del consumidor o usuario como culpa en la prestación servicial y correlativamente en el derecho de daños como culpa en la guarda, reconociendo como elocuente denominador común la omisión de adoptar en tiempo propio y de la manera debida, aún en Argentina, las diligencias elementales y por tanto esperables para prevenir y/o evitar lo previsible máxime cuando se explota una concesión en el tan mentado centro de esquí más importante de Sudamérica.

Bien dijo PROVINCIA SEGUROS con mucha recurrencia en su memorial: el esquí es un deporte riesgoso para el esquiador. Pero la diferencia determinante, nos permitimos prevenir, es que como el empresario, en este caso CAPSA, lucra con ese riesgo, a diferencia del consumidor o usuario que va a divertirse asumiendo desde luego los peligros normales del caso, el imperativo tácito y/o implícito de seguridad o garantía presente también en esta materia, acaso mucho más que en otras actividades menos peligrosas, hace que la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos se potencie precisamente con arreglo a la exigencia de un mucho mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que el explotador-concesionario- prestador del servicio tiene a su cuidado (art. 902 Cód. cit. aludido por ella misma -fs. 699- pero descontextualizado en función de las circunstancias del caso).

Y como CAPSA jugó su suerte litigiosa a la única hipótesis exculpatoria de la exclusiva imprudencia y/o impericia de la Sra. MORALES nos permitimos recordar, a modo de adecuado complemento de lo ya meritado, distintas orientaciones doctrinario-jurisprudenciales tanto con relación a la culpa de la víctima como al riesgo derivado de

la anormal disposición de cosas de suyo inertes.

¿Pudo haber en el "sub lite" algún grado de culpa de la Sra. MORALES?

Baste consignar en este sentido que la conducta de la víctima sólo tiene trascendencia liberatoria cuando ha influido causalmente en el mismo momento de producirse el hecho generador de los daños, especialmente cuando fue su causa directa, inmediata, adecuada y exclusiva (cf. Cammarota, J., "Responsabilidad extracontractual", Tº I, pág. 232; Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños", Tº III, pág. 62; Colombo, C., "Culpa aquiliana", Tº II, p. 74; idem caso "GOLDEMBERG", SD del 4-7-08, del Juzgado Civil y Comercial N° 3). No debe haber por consiguiente provocación alguna del hecho por el demandado, pues de otro modo la acción de la víctima sería una consecuencia del acto del ofensor; la culpa debe ser autónoma y no derivada de la conducta del otro (Orgaz, A., "La culpa", pág. 89). Aunque resulte una perogrullada conviene recordar que se requiere culpabilidad de la víctima para que la exoneración del presunto responsable se vuelva operativa. Y finalmente la prueba de dicho supuesto liberador debe ser certera y clara, pues no sólo se trata de un hecho impeditivo de incumbencia de quien lo alega sino que además constituye una excepción al régimen de responsabilidad.

Aquí la Sra. MORALES se cayó como directa e inmediata consecuencia de la presencia de un obstáculo en la pista llamada directa, con lo cual el hecho fue provocado por la propia CAPSA. O con otras palabras: fue ese obstáculo y no la imputada impericia, imprudencia y/o negligencia de la actora, fue la única causa directa, inmediata, adecuada y exclusiva de la caída.

A su vez lo riesgoso (no vicioso) en estos casos no es la cosa inerte en sí misma (aquí la pista de esquí) sino en todo caso su anormal disposición (existencia impensada de un obstáculo en la pista que no debía estar allí). No se trata pues de un vicio de la cosa sino, al contrario, del carácter intrínsecamente riesgoso que adquiere la misma debido a la falta de una adecuada y eficaz manutención y/o control susceptible, como tal, de poder evitar un accidente.

Ya vimos cómo CAPSA, en tanto concesionaria de un servicio destinado al público esquiador, es guardián de la cosa que ya puede hasta considerarse era riesgosa por sí misma y la omisión controlante de aquélla sin duda la potenció (art. 1113 Cód. cit.).

Con relación a la inobservancia del deber de seguridad y/u omisión del deber de cuidado, ut supra vimos y aún se verá, sí resulta ser una circunstancia coadyuvante a considerar sobre todo si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la anormal disposición

latente de la pista en cuestión con un obstáculo en su curso fue -reiteramos- la causa directa e inmediata que desatara el siniestro debido al menos a una falta de debido cuidado.

Es bien conocido que nuestra ley civil prevé la responsabilidad directa emergente del hecho propio (art. 1109 Cód. cirt.) y la responsabilidad indirecta o refleja derivada del hecho ajeno (art. 1113 Cód. cit.); y también que ésta última se configura cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado. A su vez las circunstancias del caso, ya meritadas, invitan a ingresar en la materia referida a lo que se ha dado en llamar el hecho proveniente de las cosas la cual, por la desorientación que exhiben numerosas opiniones acerca de la identificación del mismo, resulta singularmente conflictiva como para convertir a la teoría de la responsabilidad civil en un verdadero galimatías.

Es que, en efecto, no es nada fácil indagar quien debe responder por el daño producido por una cosa cuando el mismo aparece como extraño a la acción personal de alguien; hay pues necesidad de investigar quién es la persona que ha estado en situación de influir sobre la acción de la cosa para exigirle, si hubiere mérito, la indemnización de un daño que no evitó. Y en orden a todo ello es importante establecer cuándo estamos frente a un hecho de la cosa con respecto al cual, en principio, nadie aparece como agente o autor del daño ya que pese a no ser el responsable, agente o autor del hecho dañoso, la ley encontró fundamento bastante para obligarlo a reparar un perjuicio que él pudo evitar por la posibilidad que tenía de controlar apropiadamente la cosa dañosa.

Comencemos así por dilucidar la célebre distinción existente entre el hecho del hombre y el hecho de la cosa la cual, por cierto, es capital para delimitar el campo de aplicabilidad del tipo de responsabilidad en cuestión.

Los daños pueden ser el efecto de una acción del hombre, sea que cause el perjuicio por su propia mano o que emplee como instrumento alguna cosa, o pueden derivar de la sólo intervención de una cosa sin dependencia inmediata del hombre. En la primera situación hay un agente que obra, es decir un autor del hecho dañoso, quien no deja de ser tal por haberse valido de cosas exteriores a modo de instrumento para lograr su fin. Pero en la segunda no hay agente que obre el daño ni autor del hecho dañoso: el daño proviene de la acción directa de la cosa en combinación con las fuerzas de la naturaleza, excluyendo toda participación activa e inmediata del hombre (cf. v.gr. Salas, A., "Código Civil anotado", T° I, p. 666, N° 12); en esta última hipótesis estamos ante un hecho de la cosa que implica un acontecimiento sucedido por la intervención causal de

la misma. A su vez no todos los hechos que ocurren son humanos (actos), pues también hay hechos externos o naturales que no son actos pero pueden ser hechos jurídicos por su aptitud latente de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones (art. 896 Cód. cit.). El propio Vélez Sársfield, siguiendo a Ortolán, dice que "hecho, que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio como designando un suceso cualquiera que ocurra en el mundo de nuestras percepciones" (cf. nota a la denominación de la sección 2a. del Libro Segundo del Código Civil). Por ende al hablar de hecho de la cosa se apunta a la descripción de un daño que sin ser efecto inmediato de un acto humano lo es de la intervención causal de una cosa, y por ello es apto para comprometer a la persona que por el control de dicha cosa pudo o debió actuar a fin de suprimir el perjuicio ocurrido, justamente, por haber mantenido dicha cosa en situación potencialmente dañosa.

Dicha distinción entre hecho del hombre y hecho de la cosa resulta clave, insistimos, para seleccionar el régimen de responsabilidad aplicable al daño: sea el contemplado por el citado art. 1109 y sus concordantes, que rigen al hecho personal, o el regulado por el art. 1113 in fine relativo al hecho de la cosa; y además cuenta con sólido respaldo tanto doctrinario como jurisprudencial (cf. in extenso Llambías, J., ob. cit., T° IV-A, p. 465, nota 7 con una prolija reseña de autores y fallos franceses y nacionales).

De los diferentes criterios distintivos elaborados para definir el hecho de la cosa acaso resulte útil recordar, como más apropiado, el del "control" ideado por Mazeaud y Tunc: hay tal hecho cuando el daño es el efecto de la intervención activa de una cosa que escapó al control o sujeción de su dueño o guardián (cf. "Traité de la responsabilité civile", T° II, núms. 1243 y sgts.). Asimismo el hecho de la cosa tiene los siguientes caracteres: a) intervención activa de una cosa, o sea que la misma sea la causa del daño, de forma que una intervención puramente pasiva no hace surgir dicha tipología de hecho; en tales condiciones opera una presunción de causalidad de la cosa que, por un lado, presupone la prueba por parte del damnificado de la intervención de una cosa en la producción del daño y, por otro, a partir de tal circunstancia se presume que esa intervención fue activa incumbiendo al demandado, que niega su responsabilidad, probar que la misma fue puramente pasiva (quedando así excluído el hecho de la cosa o demostrado que el daño deriva de una causa extraña); b) ausencia de control material sobre la cosa por el guardián al tiempo de sobrevenir el daño, ya que si la cosa obedece a la acción humana ejercida sobre ella hay hecho del hombre, característica ésta

implícitamente contenida en la obligación de guarda que recae sobre el guardián ya que el art. 1113 cit., al establecer la responsabilidad por los daños que causan las cosas de que alguien se sirve o tiene a su cuidado, crea una obligación de guarda a cargo de quienes tienen un poder de gobierno sobre las cosas inanimadas; éstos, en razón de ese poder, deben no dejar escapar a la cosa de su control y así cada vez que la acción perjudicial de la cosa se sustrae a su imperio ellos faltan a su obligación de guarda y cometen "culpa en la guarda" mientras que, al contrario, cada vez que la cosa les obedece estrictamente la obligación de guarda se cumple y no puede ser cuestión de hacer jugar el art. 1384 (nuestro art. 1113) ya que hay responsabilidad por el hecho personal del art. 1382 (nuestro art. 1109)(cf. Mazeaud y Tunc, ob. cit., T° II, N° 1249).

En este punto conviene recordar que la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 mantuvo la diferenciación conceptual existente en el régimen originario de Vélez Sársfield entre el daño causado por el hecho del hombre ("con la cosa") y el daño derivado del hecho de la cosa ("por el riesgo o vicio de la cosa"), ya que el nuevo art. 1113 al aludir a los daños causados con cosas apunta a los hechos del hombre mientras que la referencia a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa se relaciona con hechos de la cosa.

En cuanto a los daños causados con cosas el ámbito de aplicabilidad de dicho precepto, conforme interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante, implica que al damnificado le basta probar el daño y el contacto con la cosa que lo produjo para establecer presuntivamente la responsabilidad del dueño o guardián de dicha cosa (arg. art. cit. párrafo 2° parte 1a.). Así pues la mención legal de daños causados con las cosas abarca todos los supuestos de hechos del hombre ejecutados con la instrumentación de cosas. Tanto el dueño como el guardián de la cosa responden por los daños causados con ellas, quienes son tácita y concurrentemente reputados culpables en tanto no acrediten su inocencia. El fundamento de la responsabilidad viene dado, como puede apreciarse, por una presunción de culpa ya que, en efecto, uno y otro se liberan de aquélla acreditando su ausencia de culpa en el hecho.

Tocante a los daños causados por el riesgo de la cosa (instituto novedoso introducido por la reforma citada), sin perjuicio de resultar muy arduo definir con precisión el concepto, puede convenirse que son los derivados de la acción causal de una cosa sin que medie autoría humana por lo que, en consecuencia, la responsabilidad por riesgo prescinde de la idea de culpa o inocencia del imputado pues reconoce un fundamento puramente objetivo (cf. v.gr. Llambías, J., ob. y loc. cit., págs. 630/631). Con respecto a

la prueba del riesgo de la cosa hay que decir que el damnificado no está precisado de acreditar el carácter peligroso de la cosa que lo ha dañado, sino que le basta establecer la relación de causalidad entre cosa y daño pues ella demuestra también el riesgo de la cosa. El fundamento de esta tipología de responsabilidad es, como ya dijera, de naturaleza objetiva por resultar ajeno a la idea de culpa de la que se hubo prescindido; con otras palabras: la responsabilidad existe por el sólo hecho de la causación del daño en ejercicio de una actividad peligrosa o por el uso de una cosa con riesgo (cf. Orgaz, A., "La culpa", n° 75). Los requisitos, en fin, para que la responsabilidad en cuestión devenga operativa son: a) ausencia de autoría humana con respecto a la acción de una cierta cosa; b) daño; c) relación causal entre la acción de la cosa y el daño; y d) calidad de dueño o guardián de la cosa por parte del demandado; también en este ámbito le incumbe al actor acreditar la existencia del daño, su conexión causal con la cosa y la condición de dueño o guardián de tal cosa en el demandado, pero en cambio no precisa establecer la falta de autoría con respecto al hecho dañoso pues, justamente, ello es lo que se presume mientras no se acredite lo contrario. Algo importante para destacar en este punto es la no excusabilidad de la responsabilidad por riesgo en el sentido de la irrelevancia que tiene la prueba de su ausencia de culpa que pudieren rendir el dueño o guardián de la cosa, ya que así como la culpa es aquí un elemento indiferente del cual cabe prescindir del mismo modo es irrelevante que aquéllos sean o no culpables del hecho dañoso.

Veamos unas pocas aplicaciones doctrinarias y jurisprudenciales del hecho de la cosa cuya referencia, aunque más no sea por analogía situacional, completa esta somera reseña atinente al aspecto del doble marco jurídico de la cuestión que venimos aludiendo.

Así, por caso, son típicos hechos de la cosa aquellos accidentes derivados de la posición anormal que tales cosas hayan tenido al tiempo del accidente (cf. v.gr. CNCiv., Sala B, LL 123-784: impacto de árbol sobre automóvil, LL 115-316: daño a peatón por impacto de tirante de hierro que sostenía farol de alumbrado público y LL 133-1023: caída poste de alumbrado público de madera podrida, idem Sala C, LL 114-371: caso similar, idem Sala F, LL 134-317: desprendimiento de rama caída sobre automóvil; Corte Suprema Nacional, LL 125-704: daños causados a cables y postes por la caída de una estructura de hierro que sostenía cables de alta tensión; Cám. Fed. Capital, Sala Civ. y Com., LL 134-185: explosión de gas producida por la fisura en un conducto de fluido determinada por la presión de las raíces de un árbol de la Municipalidad lo que la torna responsable

(cf. Llambías, J., ob. y los. cit., p. 490, notas n° 53 y 54).

Como el concepto de hecho de la cosa resulta ser abierto, ya que puede corresponder a la intervención activa de cualquier cosa en la producción de un daño (cuando falta la autoría humana), los supuestos resultan francamente infinitos y normalmente deriva de hechos previsibles y por tanto evitables si se asumen las diligencias necesarias; incluso no faltan casos en los que es directamente producto de la desidia, la ignorancia o la carencia de medios económicos.

Luego: teniendo "in mens retenta" todas tales ideas tenemos que si no ya tan sólo la pista llamada directa sino sus mismas inmediaciones y/o adyacencias constituyen el lugar más transitado del C° Catedral, tal como coincidieran los testigos y además se puede apreciar sin ninguna hesitación posible cotejando las imágenes tomadas por la Srta. Lecot que fueran admitidas como prueba sobreviniente (fs. 422 y 506 vta.); si tanto la señalización como la vigilancia, en los hechos in concreto cotidianos más allá o sin perjuicio de lo que in abstracto prevea el manido reglamento de funcionamiento y seguridad de pistas sobre el que recurrentemente insistiera CAPSA a lo largo del proceso, sigue siendo hoy día deficiente y/o insuficiente con lo cual muy verosímilmente en 2008 dichas falencias lo eran aún más todavía tal como se pudo establecer en un viejo caso resuelto también en 1999 por este Tribunal (in re "BELOQUI" cuyo accidente fue en 1991); si en este sentido no debe perderse de vista que la regla de conducta N° 8 para esquiadores y snowboardistas elaboradas por la FIS ("respeto por los signos y marcas") presupone que las pistas deben estar marcadas con otras señales (distintas de los colores indicativos del grado de dificultad) demostrativas de la dirección o brindando las advertencias de peligro o cierre (cf. in extenso Federación Internacional de Ski, "10 Reglas FIS de Conducta", aprobadas por el Congreso de la FIS, 2002, www.fis-ski.com); si en la temporada invernal de 2008 la cantidad de nieve no fue la usual; si la condición de CAPSA como concesionaria de la explotación de una actividad intrínsecamente riesgosa como el esquí, redundaba en la potenciación de sus obligaciones asegurativas con especial referencia a las pistas (art. 902 Cód. cit.); y si, en fin, el accidente sobrevino por un deficiente ejercicio de su poder de policía de seguridad como concesionaria; entonces, con arreglo a todas tales razones de intrínseca y significativa dirimencia fáctico-jurídica, civilmente existe más que suficiente mérito para concluir en la responsabilidad objetiva de CAPSA, en tanto prestadora de un servicio concesionado y a la vez guardiana de la pista de esquí cuya falta de adecuado control y/o fiscalización ut supra vimos terminó, en definitiva,

desencadenando otro accidente.

In extremis hace al caso recordar que ya en la sentencia de grado dictada en el precedente referido ("BELLOQUI" cit., SD del 29-5-98, del Juzgado Civil y Comercial N° 3 por entonces a cargo del Dr. Cuellar) se prevenía cómo el llamado derecho del esquí no se agota en la hermenéutica derivada de la aplicación de las afamadas Reglas FIS o de la entonces vigente Resolución N° 382/73 del antiguo Servicio de Parques Nacionales (actual APN), del mismo modo que hoy no se reduce al reglamento aludido ad infinitum por CAPSA, sino que también se integra, por ejemplo, con la citada obligación asegurativa que caracteriza y tipifica la responsabilidad de los explotadores en sus diferentes supuestos (dueños, usufructuarios, concesionarios), tanto en el ámbito contractual como extracontractual, por su negligencia y/o imprudencia. Es más: se advirtió entonces que dicha obligación se traduce en la práctica en la correcta señalización que debe existir en las pistas de esquí o más precisamente en las pistas que integran la concesión; y especialmente se meritó que el empresario (aquí prestador-explotador de un servicio concesionado) que lo brinda al público con fin lucrativo, justamente la actividad desarrollada por CAPSA, se compromete implícitamente a que nadie (esquiador = consumidor o usuario) sufra daño a causa de ese hecho (Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Obligaciones", T° III, p. 388).

En fin: el empresario debe asegurar la adopción de todas las medidas razonables enderezadas a la protección del esquiador.

3) Indaguemos ahora lo conducente a los agravios mutuamente direccionados por la Sra. MORALES y por CAPSA contra algunos de los rubros y montos integrativos del aspecto estrictamente resarcitorio del caso.

La actora se queja en primer lugar por el rechazo de los daños estético y psicológico.

Si la pericia médica determinó como secuelas en la persona de aquélla, producto de las dos operaciones sucesivas sufridas, una cicatriz de 20 cm arciforme en la cara externa de tibia y una cicatriz de 10 cm sobre la cresta ilíaca derecha que son visibles queda, en nuestra opinión automáticamente acreditado el presupuesto de hecho respectivo básico para la procedencia del daño estético sobre todo en una mujer, como aspecto del daño reparable autónomo respecto de otros según antiguo y reiterado criterio interpretativo de esta Cámara en sintonía con la inmensa mayoría de autores y fallos, dado strictu sensu antes que por el costo aislado de una cirugía correctiva por la visibilidad de la secuela misma por más que el experto consignara de consuno que tales marcas no dejaron queleide ni hipertrofia si a su vez él previno que las cicatrices son visibles y no

mejorarían (sin certeza) con una nueva cirugía estética (fs. 553 sin impugnaciones al respecto); con lo cual, a diferencia de lo interpretado por CAPSA y por el Juez de grado, queda en evidencia, de un lado, la existencia probada en el caso de una de las especies de ordinario configurativas del daño estético, o sea dos cicatrices visibles, implícita y/o tácitamente ínsitas en la modalidad reclamatoria de la Sra. MORALES en su demanda y, de otro, el derecho de ésta a intentar una nueva cirugía para tratar de mitigarlo ya que, insistimos, el perito no aseguró que tal circunstancia pueda resultar inocua.

La situación es opuesta en el caso del daño psicológico pues a su respecto, coincidiendo in totum tanto con el Juez de grado como con CAPSA, no existe la más mínima prueba, ni directa ni menos aún presuncional con arreglo a su etiología íntima, en punto a su configuración cupiendo recordar, por la notoria descontextualización fáctico-jurídica en la que sobre el punto incurriera la Sra. MORALES en su memorial, cómo in extremis los Jueces sólo están habilitados para fijar el importe del perjuicio pero siempre que su existencia esté legalmente comprobada (art. 165 in fine Código Procesal). Si entonces aquí la actora no satisfizo mínimo minimorum su carga probatoria como previno el Juez, ya que no rindió la pericia específica de rigor que hubiera permitido ad eventum acreditar este otro aspecto del daño resarcible, toda su diatriba consignada en su memorial, sin hacerse ningún cargo sobre aquella dirimente circunstancia impediende, conlleva inexorablemente la deserción recursiva en este punto.

Sin perjuicio de advertir que la cuestión no muestra unanimidad doctrinaria ni jurisprudencial (cf. in extenso Daray, H., "Accidentes de tránsito", T° 2, págs. 309/317), esta Cámara ha venido desde siempre adhiriendo al criterio conforme al cual esta tipología dañosa tiene autonomía funcional y no debe fatalmente correlacionarse con limitaciones de orden económico. Al respecto se ha resuelto: "La merma de aptitudes psíquicas constituye por sí un daño resarcible" (CNEsp. Civ. Com., Sala II, "BOSCARIOL", 11-5-81); "La insuficiencia psíquica puede contemplarse en forma autónoma" (idem, "RODRIGUEZ DE PAGLILLA", 19-2-88). "El daño psíquico debe ser indemnizado como diferenciado del estético y del moral" (idem Sala IV, "FUERTES", 31-10-86; idem Sala V, "MIGLIARO", 21-7-81)

Con relación al daño moral la queja direccionada a lo escaso del monto no puede receptarse. Sin dejar de advertir sobre cierta improcedente mixtura que realiza la Sra. MORALES con otros aspectos del daño resarcible, tomando en cuenta sus condiciones personales de revista y relacionándolas con las lesiones secuelas padecidas,

encontramos intrínsecamente justa y razonable la cantidad fijada por el Juez de grado la cual, en cualquier caso, no fue objeto de una rreal y/o auténtica crítica concreta y razonada sino más bien de una mera discrepancia dogmático-subjetiva carente de sentido.

El costo del pasaje aéreo inherente al traslado de la madre de la Sra. MORALES desde Entre Ríos a Bariloche fue bien denegado por el Juez a quo. Al respecto otra vez irrumpe la ya referida falta de toda mínima prueba como argumento decisivo, a este respecto sobre quién hubo erogado su monto, sin que quepa reparar, por no guardar ningún tipo de relación causal adecuada con una demanda instaurada por la víctima por propio derecho, en la falacia propuesta como argumento por la recurrente en el sentido que sea quien sea lo haya pagado (?) el hecho que queda a la vista es que como consecuencia de su postración alguien debía estar permanentemente a su lado (fs. 673 in fine) pues, precisamente, de lo que se trata es de reparar los daños de ella y no los perjuicios de su madre quien no es parte actora en el juicio. Con otras palabras: existe una patente falta de legitimación activa de la Sra. MORALES, aceptada in extremis por ella misma en su memorial como lo demuestra aquella sorprendente frase referida, para pretender el reintegro de una suma no erogada por ella; sin que la pléyade de fundamentos inconexos e incompatibles entre sí, con la que vanamente pretendió revertir la acertada decisión del sentenciante, pueda mínimamente atenderse.

La crítica direccionada contra el mal llamado lucro cesante desde la misma demanda resulta atentible, pero a título de incapacidad sobreviniente tal como claramente surge del presupuesto fáctico (no el jurídico que -como decimos- fue equivocadamente introyectado por la actora -como decimos- desde su mismo escrito introductorio) que signara su reclamo compuesto por la disminución física permanente que (ella) tenía antes del hecho (punto V de fs. 21 in fine y vta.: con cita de jurisprudencia propia de la incapacidad ex nunc y no del lucro ex tunc).

Reiteradamente esta Cámara, desde siempre y por vía de sus sucesivas integraciones, ha venido previniendo sobre la confusión conceptual que se percibe en el foro sobre estos dos distintos aspectos del daño resarcible. De nuevo: sin perjuicio del nomen juris asignado que bien puede ser algo meramente convencional antes que puramente técnico, strictu sensu mientras el lucro cesante resarce las ganancias perdidas sólo durante la convalecencia de la víctima pero presupone su reintegro a la actividad laboral en cambio la incapacidad supervienens compensa la minusvalía irreversible por lesiones secuelas que merman -entre otros- la capacidad lucrativa laboral real o potencial (cf.

in extenso caso piloto "MACCHIA" de esta misma Cámara).

Dada pues cierta confusión que se percibe al respecto consideramos de utilidad principiar el tratamiento de esta cuestión por algunas precisiones conceptuales. Como decimos no son idénticas la incapacidad supervienens, el lucro cesante y la pérdida de chance. El primer aspecto del daño resarcible viene dado por la repercusión laboral de la minusvalía esencial pero no únicamente física de la víctima; se valora la minoración resultante del sujeto que no ha logrado subsanarse por vía terapéutica, que reviste cierta perdurabilidad o bien se proyecta al resto de la vida útil o expectable de la víctima. El segundo se configura por una ganancia económica cierta pero frustrada; se halla pues referido a lesiones que curan sin secuelas ulteriores, luego de un cierto período terapéutico o que se computan hasta la incapacidad comprobada al fin de esa etapa. Y el tercero por la probabilidad suficiente de una ganancia o ventaja también frustrada.

El propio Juez de grado hubo reconocido, aunque como pérdida del porcentaje que a la actora le correspondía por su participación en el estudio de arquitectura durante el tiempo de su rehabilitación según vimos corresponde, de manera autónoma con acierto al lucro cesante prototípico (considerando "g" de fs. 603 y vta.); razón esta dirimente, en nuestra opinión, por la cual no corresponde que acto seguido se vuelva a reconocer el mismo aspecto del daño resarcible, de nuevo como lucro cesante pero reduciendo la incidencia de la minusvalía física sólo a la actividad laborativa de la víctima y haciendo lo mismo con el porcentaje respectivo (cf. considerandos fs. 603 vta./604), cuando es obvio que ut supra vimos resulta impensable conceptualizar este rubro de otra forma que no sea como incapacidad sobreviniente según interpretación doctrinario-jurisprudencial inmensamente mayoritaria.

Ninguna duda puede haber ya sobre que la lesión física sufrida por la actora le acarrió una incapacidad parcial y permanente del 20 %, a la luz de la contundente prueba pericial médica rendida (fs. 553/554); haciendo al caso recordar la completa inidoneidad de la impugnación que contra tal conclusión dedujera PROVINCIA SEGUROS S.A. fs. 556), en realidad mucho más una mera discrepancia subjetivo-dogmática que una crítica concreta y razonada de conclusiones puramente científicas, la cual de todas formas resultó puntualmente corroborada por el Dr. Caride (fs. 558).

Sin embargo con respecto a la espartana metodología calculista empleada por la actora también se imponen algunas precisiones.

Es bien conocido que también desde siempre este Tribunal, siguiendo asimismo al efecto la interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante en la materia (cf. in

extenso sucesivos casos "QUINTANA", SD del 24-4-95; "SAN MARTIN", SD del 7-7-97; "NUÑEZ", SD del 4-3-98; "CAMPOS", SD del 13-7-98; "BARRIA", SD del 17-11-98; "CORONEL", SD del 4-7-00; "GALLARDO VELAZQUEZ", SD del 7-2-01; "BERTINAT", SD del 22-2-01; "SERVIAN DE RODRIGUEZ", SD del 20-5-01; y "SANCHEZ", 4-10-02, entre muchos otros), hubo establecido como criterio más idóneo, tanto para mensurar el valor económico de la vida humana como la incapacidad sobreviniente, el denominado mixto que combina lo cualitativo (no matemático) con lo cuantitativo (matemático) ponderando distintas circunstancias intrínseca y significativamente relevantes de la víctima (v.gr. edad, estado civil, profesión, sexo, grado de minoración física, pautas actuariales, etc.); y dicho criterio cuantificador se sintetiza en la siguiente idea medular: proyectar el ingreso (real o presuntivo) sobre los años de vida laboral útil, detrayendo tanto una estimación verosímil en concepto de ahorro como el porcentual de incapacidad sobreviniente determinado. Desde luego existen otros criterios posibles (v.gr. el puramente cuantitativo o matemático: determinación del capital a interés compuesto generador de una renta mensual igual al sueldo que percibía la víctima y que se extingue cuando termina la renta). Pero reiteramos cómo esta Cámara del fuero, a su vez, también se hubo servido de aquéllos parámetros (cf. v.gr. casos ARMADA DE SIERRA", "PEREZ DE GARCIA FERREYRA", "BOTAZZINI", "MIRALLAS", "BOTTINELLI" y "RIERA" entre otros). Consecuentemente, en términos generales aunque no particulares, es correcta la metodología calculista utilizada por la actora (fs. 21 vta. cit.).

Por lo mismo, en sintonía con todo el orden ideario precedentemente referido, estimamos justo y razonable considerar ponderar el ingreso mensual promedio acreditado por la pericia contable (\$ 2.401,23.- muy inferior por cierto al estimado en demanda en más del doble) por todo el lapso de vida laboral útil hasta la edad jubilatoria (60 años para las mujeres, pero detraer prudencialmente un porcentaje en concepto de ahorro neto ya que, como es sabido, no todo el ingreso que una persona percibe se destina al ahorro sino que de hecho en países subdesarrollados como Argentina azotados por hiperinflaciones recurrentes gran parte del mismo -por no decir todo en niveles salariales bajos- resulta consumido por la propia manutención que es lo que la Sra. MORALES soslayó de plano, y finalmente aplicar el porcentual referido de minusvalía que representa la traducción económica de la pérdida de funcionalidad vital (20 % en el caso).

Así matemáticamente tenemos: \$ 2.401,23.- mensuales x 13 (incluido SAC) = \$

31.216.- anuales x 14 (años restantes desde la edad de la víctima hasta su aptitud jubilatoria) = \$ 437.024.- x 50 % (porcentual razonable remanente con arreglo a las circunstancias del caso para un eventual ahorro restado lo que verosíblemente irroga la propia manutención) = \$ 218.512.- x 20 % (incapacidad) = \$ 43.702.-

Con respecto a los gastos de atención efectuada por una empleada especializada la crítica desarrollada por CAPSA resulta plenamente atendible (fs. 682 in fine y vta.).

En efecto: vuelve a jugar aquí un papel decisivo con relación a este peculiar aspecto del daño resarcible la completa orfandad probatoria en que incurriera la Sra. MORALES, del mismo modo que se viera respecto al daño psicológico e incluso a otros ya desestimados por el propio Juez de grado que no merecieran agravio de su parte (v.gr. puntos "e" y "f" de fs. 602 vta. in fine/603), lo que incluso impide presumir la su existencia como se terminara haciendo en la sentencia en crisis.

Es que la inmensa mayoría de la jurisprudencia, por ejemplo, razona en materia de contratación de personal que los gastos de asistencia de una enfermera no pueden presumirse sino que deben ser objeto de comprobación, porque no necesariamente están determinados por la naturaleza de las lesiones sufridas a raíz del hecho ilícito y pueden ser suplidos por la asistencia de familiares con quienes se convive (CNEsp. Civ.Com., Sala I, "MICELI", 28-8-87, Sala IV, "DOMINGO", 29-4-81, Sala V, "GIORELLO", 15-5-81, y "GARCES", 14-5-86, Sala VI, "CANNELLA", 5-9-86, cit. por Daray, H., "Accidentes de tránsito", T° 2, p. 322), también que los servicios de cuidado de la enferma son un rubro de fácil comprobación, pues usualmente se acreditan por los pertinentes recibos reconocidos (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "DINENZON", 21-5-82, Sala V, "NAVA MARIÑO", 16-6-81, Sala VI, "GUANTAY", 24-6-81, en ob. y loc. cit.), asimismo que los gastos por servicio doméstico son viables si están probados, por lo que debe rechazarse la indemnización por su contratación si no existe constancia alguna que acredite con fundamento que la actora incurriera en la referida erogación (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "CERDAN DE MARTIN", 10-8-87, en ob. y loc. cit.), y, en fin, igualmente que si la actora no sólo no acompañó con su escrito inicial prueba documental alguna al respecto sino que ni siquiera individualizó a la supuesta persona contratada para su ayuda, ante tal orfandad probatoria no se puede acudir a la facultad que otorga el art. 165 CPCCN pues de ser así fácilmente podría incurrirse en un supuesto de enriquecimiento (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "RAVI", 10-8-87, en ob. y loc. cit.).

Cabe recordar adicionalmente cómo aún sin perjuicio de que el esposo de la Sra.

MORALES trabaje lejos de Bariloche, lo que de todos modos no elimina toda posibilidad de colaboración, en cualquier caso ésta contó con la ayuda de sus hijas e incluso de su madre quien se trasladó al efecto a esta ciudad.

Si la actora no vive sólo resulta exigible una mayor severidad en el examen de esta presunta tipología dañosa.

Y finalmente lo relacionado con la crítica de CAPSA direccionada contra la duplicidad indemnizatoria que presupone el simultáneo reconocimiento por el Juez de grado de los rubros pérdida del porcentaje correspondiente a la actora por su participación en el estudio de arquitectura y lucro cesante, técnicamente resulta atendible como vimos al tratar lo conducente a dichos aspectos del daño resarcible en su relación con la incapacidad sobreviniente; lo que sin embargo no implica prescindir de uno u otro, como pretende la recurrente, ya que strictu sensu aquella pérdida del porcentual de ganancia equivale precisamente al lucro cesante y el erróneamente conceptualizado como tal equivale a la incapacidad referida.

4) Con arreglo a la propuesta que haremos a la Cámara, dada la nueva regulación de honorarios que habrá de realizarse, las apelaciones contra honorarios devienen abstractas.

5) Todo lo meritado precedentemente es más que suficiente para decidir la suerte de cada recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo que como se sabe los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, porque basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En conclusión proponemos al Tribunal resolver lo siguiente: I) MODIFICAR la sentencia en crisis, receptando al efecto parcialmente los recursos apelativos de la Sra. MORALES y de CAPSA y declarando desierto el de PROVINCIA SEGUROS S.A., al sólo y único efecto de incrementar el capital de condena hasta la suma de \$ 103.306.-; II) DECLARAR abstractas las apelaciones contra honorarios; III) IMPONER las costas de esta segunda instancia, en atención al resultado de las respectivas apelaciones y

atendiendo al mantenimiento del juicio de responsabilidad, a CAPSA y a PROVINCIA SEGUROS S.A. vencidas (art. 68 ap. 1° Cód. cit.); IV) REGULAR los honorarios de Alzada del Dr. Sarmiento en un 30 %, de los Dres. Colombres y González en un 25 % y de los Dres. Vázquez y Lozano en un 25 % (arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: nuevos honorarios a regularse en 1a. instancia); V) (De forma).

Así votamos.-

A igual cuestión el Dr. Riat dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

RESUELVE: I) MODIFICAR la sentencia en crisis, receptando al efecto parcialmente los recursos apelativos de la Sra. MORALES y de CAPSA y declarando desierto el de PROVINCIA SEGUROS S.A., al sólo y único efecto de incrementar el capital de condena hasta la suma de \$ 103.306.-; II) DECLARAR abstractas las apelaciones contra honorarios; III) IMPONER las costas de esta segunda instancia, en atención al resultado de las respectivas apelaciones y atendiendo al mantenimiento del juicio de responsabilidad, a CAPSA y a PROVINCIA SEGUROS S.A. vencidas (art. 68 ap. 1° Cód. cit.); IV) REGULAR los honorarios de Alzada del Dr. Sarmiento en un 30 %, de los Dres. Colombres y González en un 25 % y de los Dres. Vázquez y Lozano en un 25 % (arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: nuevos honorarios a regularse en 1a. instancia); V) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría. VI) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

CARLOS M. CUELLAR EDGARDO J. CAMPERI EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANGELA ALBA POSSE

Secretaria de Cámara