

Expediente: 3016/14

Carátula: **CATAN MARTA BEATRIZ C/ GONZALEZ LUIS GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN SALA I**

Tipo Actuación: **FONDO (RECURSO) CON FD**

Fecha Depósito: **01/06/2023 - 00:00**

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:

90000000000 - GONZALEZ, LUIS GERARDO-DEMANDADO/A

20181864061 - ZELAYA MATAS, MARIA ALEXIA-HEREDERO/A DEMANDADO/A

27220734736 - ZELAYA, LUIS HORACIO-DEMANDADO/A

20181864061 - ZELAYA MATAS, DEBORA CRISTINA-HEREDERO/A DEMANDADO/A

30716271648409 - BRITO, LUNA DAIANA-MENOR

20257510027 - CATAN, MARTA BEATRIZ-ACTOR/A

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común Sala I

ACTUACIONES N°: 3016/14



H102214443890

En la Ciudad de San Miguel de Tucumán, mayo de 2023, se reúnen en acuerdo los Sres. Vocales de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial, Dres. Laura A. David, Marcela Fabiana Ruiz y Álvaro Zamorano para conocer y decidir el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en los autos caratulados "**CATAN MARTA BEATRIZ c/ GONZALEZ LUIS GERARDO Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS**"- Expte. N° 3016/14.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, el mismo dio el siguiente resultado: Dres. Álvaro Zamorano como vocal preopinante, Laura A. David como segunda vocal y Marcela Fabiana Ruiz como tercera vocal. Los Sres. Vocales se plantean las siguientes cuestiones: ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA EN RECURSO? ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

A la PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Vocal, Dr. ÁLVARO ZAMORANO, dijo:

1. Vienen los autos a conocimiento y resolución del Tribunal por el recurso de apelación interpuesto por las herederas del codemandado en autos Luis Horacio Zelaya (María Alexia y Débora Cristina Zelaya Matas) contra la sentencia n° 584 del 06/09/2022, que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Marta Beatriz Catan, por la menor Luna Daiana Brito, víctima del daño ocurrido por un arma de fuego en fecha 18/01/14, en contra de Luis Gerardo González y en contra de Luis Horacio Zelaya (hoy sus herederos). En consecuencia, condenó a los demandados a abonar a la actora, en el término de 10 días de ejecutoriada la resolución, la suma de \$6.132.279,90 comprensivo de \$300.000 por daño moral y \$5.832.279,90 por incapacidad sobreviniente, más los intereses que allí establece. Así mismo, rechazó el rubro de pérdida de chance como autónomo, e impuso las costas en su totalidad a los accionados vencidos.

1.1. En fecha 09/11/2022 las herederas del Sr. Zelaya expresan agravios. En primer lugar les agravia la admisión de la demanda y como consecuencia de ello, la atribución de responsabilidad a su padre como responsable indirecto. Aseguran que no surge de las constancias de autos ni de la causa penal, que el codemandado Zelaya haya sido denunciado, llamado a declarar como partícipe,

encubridor, autor ideológico, detenido, imputado o procesado por el delito de armas de fuego causadas a la menor, y tampoco quedó acreditado haber sido partícipe o haber actuado de cualquier otra manera en el mentado ilícito civil. Entienden que no puede responsabilizarse de haber ordenado disparar al Sr. González, porque ese hecho no fue probado.

Afirman que para que exista responsabilidad, debe haber un acto dañoso imputable a título de culpa directa o indirecta. Invocan la priorización de la jurisdicción penal y la influencia de la sentencia penal sobre la civil, por lo que ello deja firme cualquier tipo de participación del codemandado Zelaya, por lo que no sería pasible de ser responsabilizado de las consecuencias de ese acto dañoso.

Rechazan la posibilidad de que el accionado sea responsabilizado por actos no realizados ni siquiera por delegación o por él mismo ordenado, por no existir entre aquél y el condenado, alguna relación de dependencia, en los términos del art. 1.113 del CC, ni de ningún otro tipo que no sea en el relato complaciente de los testigos.

Señalan la ausencia de prueba sobre el lugar, origen, distancias, trayectorias del supuesto proyectil, del “quién”, “cómo” y “por qué” se produjo el presunto disparo de arma de fuego, etc; no obstante lo cual se ha condenado al Sr. González como autor del disparo.

Postulan que, respecto del codemandado, existe una carencia de nexo de causalidad.

Se agravian de la aplicación retroactiva que hace el aquo de las normas del nuevo Código Civil y Comercial, específicamente del art. 1.753 que se refiere a la responsabilidad indirecta, lo que entienden arbitrario y contradictorio con las consideraciones del propio fallo al establecer el marco normativo aplicable al caso.

Sostienen que fue una construcción jurisprudencial determinar qué se entendía por “dependencia” en la redacción del antiguo art. 1.113 del CC, y que aplicar la óptica del art. 1.753 a un hecho del pasado implica retroactividad y arbitrariedad, ya que la nueva norma es más amplia e incriminante para el codemandado, al hablar de las “personas de las cuales se sirve” para el cumplimiento de sus obligaciones, o cuando habla de la “ocasionalidad” del hecho dañoso.

El tercer agravio versa sobre el hecho de que la sentencia propone que el Sr. Zelaya deba responder por actos completamente extraños a la función, es decir, actos realizados por el demandado González, que no guardan ningún tipo de vinculación con la tarea ocasional que eventualmente habría contratado aquél.

Refieren que no resulta lógico que el principal responda por actos ajenos a la “changa” encomendada (desmalezar la tierra, limpiar la soja de los manchones de yuyos), ya que el disparo de un arma de fuego no guarda relación con la tarea contratada. Consideran que el agente que ha ocasionado el daño debe haber obrado en razón de la función encomendada por el principal para que comprometa la responsabilidad de este último, es decir, que debe haber un nexo adecuado de causalidad entre el daño ocasionado por el dependiente y la función que éste estaba desempeñando al momento de su ocurrencia.

Reconocen la responsabilidad del principal por los daños que ocasione el dependiente aún ante el mal ejercicio de la función encomendada, o frente al abuso de ella o ante el ejercicio aparente de la misma, pero rechazan que en el caso se den esos supuestos, puesto que el encargo fue el desmalezamiento de los yuyos que entorpecen la soja.

Se agravian de la valoración de la prueba y elementos elegidos para imputar responsabilidad al codemandado Zelaya.

Cuestionan que el fallo considere que el Sr. González estaba bajo las órdenes del Sr. Zelaya, a partir del reconocimiento de este último de haber encomendado al primero limpiar la finca donde plantaba soja, puesto que esa sola circunstancia no permite inferir que el Sr. González estaba bajo las órdenes de cometer cualquier delito por imprudencia y disparar de manera irresponsable.

Rechazan que esté demostrado que el Sr. González cumplía funciones de cuidados, ya que la tarea fue de desmalezar los yuyos.

Se agravian del valor decisivo que el fallo atribuye a las declaraciones testimoniales realizadas en la causa, y que debieron ser descalificadas por arbitrarias ya que en ellas prima la relación de parentesco o amistad. Así, cuestionan la valoración del relato de la testigo Ana María Catan, por ser hermana de la actora y por no haber presenciado los hechos sobre los que declaró; y menguan el valor del testimonio de Luis Alberto Ponce, por ser amigo íntimo de la actora.

Seguidamente se agravian del monto indemnizatorio y la cuantificación de la incapacidad sobreviniente fijada por el fallo, resultando el mismo desproporcionado en comparación con otros montos fijados por nuestros tribunales en casos de gravedad extrema, incluso muerte de la víctima. Invocan el prudente arbitrio judicial que debe campear en la materia, subrayan que los cálculos se apoyan en un informe del cuerpo médico forense formado por una especialista pediátrica que realiza conclusiones que exceden su especialización (relativas a la salud emocional y al rendimiento escolar de la niña) y sin estudios complementarios.

Controvierten la aplicación automática y obligatoria del resultado matemático que arroja la fórmula empleada, sin ponderar la integridad del daño conforme la singularidad del caso.

Consta que el 24/11/2022 la parte actora contestó los agravios y por providencia del 28/11/2022 se llamaron los autos a conocimiento y resolución del Tribunal, quedando los mismos en estado de dictar pronunciamiento.

2. Razones de orden lógico llevan a examinar en primer término la atribución de responsabilidad al codemandado -hoy extinto- Sr. Zelaya, que es impugnada por sus herederas en razón de considerar que no se encuentra acreditado que se den los supuestos de la responsabilidad indirecta; que se ha aplicado indebidamente el art. 1.753 CCyCN; que no debe responder por actos ajenos a la función encomendada; y que, a propósito de ello, las pruebas rendidas en autos fueron indebidamente valoradas por el aquo.

2.1. Como punto de partida, es preciso señalar -tal como lo desarrolla la sentencia de grado- que, el precepto del art. 1.102 C.C., de aplicación al caso, determina los alcances de la cosa juzgada que tiene la sentencia penal condenatoria en el juicio civil, en donde se controvierten la consecuencias reparadoras derivadas del mismo hecho. Por disposición de la norma, resulta irrevisable la sentencia penal respecto de la existencia del hecho constitutivo del delito formulada por el Juez penal y de la culpa del condenado, demandado civilmente, en la producción de aquel hecho. Estos aspectos de la decisión penal son definitivos. Ha manifestado la doctrina que el asunto ya no es materia de prueba, no cae bajo la apreciación del juez civil que debe acoger la calificación de culpabilidad dada por el tribunal represivo (Llambías, Obligaciones t.III n° 2770, Cód.Civil anotado t. V. pág.306 y doctrina y jurisprudencia que estos autores mencionan; esta Sala en "Villazur c/Mansilla del 21/11/1.995, entre otros). Se ha resuelto también que el principio de autoridad de cosa juzgada que emana de la sentencia penal firme alcanza no solamente al hecho de la producción del accidente, origen de los daños y perjuicios reclamados, sino también a las circunstancias en que el ilícito se ha consumado (Suprema Corte de Justicia de Tucumán en: "Lescano c/Tacla del 15/2/1.996) (citado por la Cámara Civil y Comercial Común Concepción - Sala Única in re "Frías Ramón Ricardo vs. Cía. de Seguros Omega Ltda. y otros s/ daños y perjuicios", sentencia n° 91 del 13/05/2013).

En consecuencia, las valoraciones de la sentencia penal en relación al hecho delictivo, su acaecimiento, configuración e imputación, no pueden ser debatidos, siendo inatendibles los argumentos recursivos encaminados a controvertirlos. A partir de ello, no serán examinados los agravios dirigidos a cuestionar la falta de prueba sobre la existencia de un arma, proyectiles, trayectoria, etc., que propone el apelante. Por el contrario, constituye un hecho innegable y punto de partida para la solución del caso que en la causa "González Luis Gerardo s/ lesiones con arma de fuego. Víctima: Brito Luna Daiana", Expte. n° 445/2014, recayó sentencia penal condenatoria contra el Sr. González, en la que quedó establecida su intervención como autor voluntario y penalmente responsable del delito de lesiones graves, previsto y penado en el art. 90 del CP en perjuicio de la menor Luna Daiana Brito, hecho ocurrido el 18/01/2014. Esta cuestión gravitará a lo largo del decisorio.

Ahora bien, el pronunciamiento de grado en esta causa, al establecer el marco normativo aplicable al caso, y por imperio de lo dispuesto por el art. 7 del CCyCN, dispuso que en virtud de la fecha en que sucedió el hecho que motiva la acción de marras, resultan aplicables al caso las disposiciones del CC vigentes a la época, que mantienen ultraactividad. Quedando exceptuadas las normas del CCCN que regulan los daños consecuencia del hecho, las de contenido procesal y las que brindan pautas para el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La recurrente sostiene que, pese a señalar dicha irretroactividad, el fallo justifica luego -arbitrariamente- su responsabilidad en el art. 1.753 CCyCN, que resulta más gravoso que el art. 1.113 CC, en la medida en que este último sólo se refería a que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaron los que están bajo su dependencia, sin precisar ningún otro elemento; mientras que aquel ahora añade a las personas de las cuales aquél se sirve para el cumplimiento e sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

Si bien se advierte que la sentencia de grado cita la norma aludida, no obstante anticipo que el agravio así expresado no tendrá andamio.

Ello así, por cuanto, un examen riguroso de los argumentos en los que se sustenta el fallo cuestionado permite establecer que la decisión sentencial no se encuentra fundada en el nuevo sistema normativo, sino que la cita ha sido más bien referencial. Tal inferencia proviene de la exposición doctrinaria que el fallo trae a colación (Pedro Cazeaux y Félix Trigo Represas, del año 2010; Edgardo López Herrera, año 2006), que en aquella época explicitaba los alcances que se entendía debía acordarse al dispositivo legal del art. 1.113 CC. aplicable en la especie.

No debe perderse de vista que el nuevo Código Civil y Comercial Común vino a recoger criterios jurisprudenciales y doctrinarios que se habían ido acuñando en torno a la aplicación de distintos institutos civiles y comerciales a lo largo de décadas de implementación. A partir de ello, la cita del art. 1.753 del nuevo cuerpo legal sólo puede interpretarse como ilustrativa del criterio que ya imperaba en las bibliotecas y despachos judiciales.

En efecto, la nueva norma recoge una aclaración que ya estaba contenida en el art. 43 del Cód. Civil, y no en el art. 1.113, 1er párrafo, de ese Código, y que se interpretaba -por los operadores del derecho- de forma conjunta. Así, se valoraba que el comitente respondería ante el damnificado si el hecho dañoso era realizado "en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas al subordinado". Este requisito no estaba incluido en el art. 1.113, 1er párrafo, del Código Civil velezano, aunque la mayoría de la doctrina y jurisprudencia lo entendía englobado en la misma (ver sobre ello en la doctrina Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", t. IV, ps. 896 y sigtes. En el sentido del Proyecto CS, 27/09/94, Furnier,

Patricia c. Provincia de Buenos Aires, LL, 1996-C, 559, y la nota de Galdos, Jorge Mario, "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía", LL, 1996-C, 557, a ese precedente. Conf. también: STJujuy, 11/05/10, Santos, René; Sajama, Raúl y Álvarez, Angélica M. c. Aizama, Aldo Fabián y Estado Provincial y su acumulado, LLNOA, 2010 (agosto), 621, DJ, 10/11/2010, 43, AR/JUR/23279/2010; CNCiv., sala M, 03/09/09, Saint Gobain Isover Argentina S.A. c. Banco Sáenz S.A., LLOnline, AR/JUR/75747/2009, íd., sala G, 15/05/09, Dubin, Mauricio Julio c. Canteros, Alberto Salvador, RCyS, 2009-IX, 53, RCyS, 2009-XI, 44, con nota de María Isabel Benavente, JA, 2010-II, 266, AR/JUR/15557/2009, íd., sala C, 21/03/06, Paglia, Luciana A. c. Metrovías y otros, RCyS, 2006- 1366, AR/JUR/1215/2006, íd., sala K, 14/12/01, B., P. y otro c. Campos, Jorge A y otros, LL, 2002-D, 114, RCyS, 2002-914, RCyS, 2003-294, con nota de M. Fabiana Compiani, AR/JUR/2971/2001, entre otros, citados en Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Sagarna, Fernando Alfredo Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 143 Cita Online: AR/DOC/3870/2014).

Es así que, aún bajo la vigencia del viejo Código, el principal respondía por los hechos dañosos de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones, como por aquellos perjuicios provocados por ellos en ocasión de las mismas, es decir que si la función dio la ocasión para la comisión del daño, el comitente igualmente debía responder. Y dicho criterio jurisprudencial fue recogido por el nuevo digesto Civil y es lo que la sentencia de grado vino a plasmar, no incidiendo la cita en cuestión en la solución dada al caso, puesto que tanto antes como después de la reforma, los requisitos del instituto de la responsabilidad indirecta -por el hecho del dependiente- fueron similares.

2.2. Ahora bien, las herederas del Sr. Zelaya controvierten dicha responsabilidad a partir de la falta de configuración de aquellos requisitos, tenidos por acreditados por el fallo de grado. Sostienen que no se ha probado su participación en el hecho delictivo, ni la relación de dependencia, ni el cumplimiento de actos propios de la función encomendada -en su caso- al Sr. González.

En relación a ello, es preciso señalar, como primera cuestión, que la responsabilidad refleja o indirecta por un hecho ajeno que causa un daño, se presenta cuando quien encomienda a otro la realización de una actividad o el ejercicio de una función en interés propio asume el carácter de principal, debiendo reparar los perjuicios que causare el dependiente con motivo de la tarea o función encargada (Calvo Costa, Carlos A., "Reflexiones en torno a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente". RCyS 2012-II, 37 Cita Online: AR/DOC/6271/2011). La ley pone a cargo del principal la reparación del daño ocasionado por sus subordinados en ejercicio o con ocasión de sus funciones (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales", Hammurabi, Bs. As., 1992, pg. 15 y ss.). De este modo se protege a la víctima de un hecho ilícito, ampliando los legitimados pasivos contra quienes podrá dirigir la demanda resarcitoria, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponder. Es una atribución de bases objetivas, en las que está ausente cualquier reproche hacia la conducta del principal, que es refleja o indirecta y surge cuando está demostrada la responsabilidad del dependiente y el vínculo que da lugar a esta responsabilidad.

Lo relevante para dar lugar a esta responsabilidad refleja será verificar una situación de subordinación, que conlleva la facultad del principal, de dirigir al dependiente en el desempeño de su función, en una relación de jerarquía donde uno imparte órdenes y otro debe acatarlas.

En anterior oportunidad, esta Sala recordó que "doctrina y jurisprudencia mayoritarias adherían a una amplia interpretación de la noción de relación de dependencia referida en el escueto primer párrafo del art. 1.113. El concepto es decisivo para la atribución de responsabilidad, siendo pacíficamente admitido que esta noción excede la "dependencia laboral" en sentido estricto. Se trata

del vínculo jurídico que une al principal con el dependiente, en el que subyacen notas de subordinación que no significan una lisa y llana equiparación a una relación laboral; en particular su característica de permanencia. No es necesario que el autor del daño sea un empleado en sentido estricto, toda vez que lo decisivo consiste en verificar si el principal tuvo en la concreta situación, el poder de control que conlleva la posibilidad de impartir instrucciones al subordinado, aunque no hayan sido ejercidas efectivamente. Esto, porque la relación de dependencia exigida debe ser apreciada de forma laxa y con un criterio flexible, dado que lo fundamental reside en la conducta que desempeña un sujeto en interés o por cuenta y orden de otro. Lo relevante es que se verifique una subordinación del dependiente a esa autoridad del principal (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales", ob. cit., pg. 64). De lo expuesto se sigue que el régimen legal no exige un vínculo formal regido por la ley de contrato de trabajo, pues a ese efecto basta la demostración de una encomienda en interés y bajo la dirección del principal -aunque sea transitoria-, que guarde razonable relación con el daño causado (Cámara Civil y Comercial Común - Sala 1, en "Suárez Faustina y otros vs. Flores Daniel Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios", sentencia n° 134 del 30/06/2020).

Por último, es preciso tener en cuenta que para un amplio sector de la doctrina el principal responde no sólo ante el desempeño regular de una función, sino también cuando existe mal desempeño y aún abuso de la función, en la medida en que el dependiente pudo realizar tales actos en su calidad de tal (cfr. Trigo Represas, Félix — López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley Bs. As., 2004-II-74 y 75.). Dicho de otro modo, cuando un sujeto prolonga su propia acción mediante la implementación de la actividad ajena para sus propios fines y justo es, en consecuencia, que reuniéndose las demás consecuencias legales, cargue el principal, para cuyo interés se ha practicado el acto dañoso, con la reparación del perjuicio causado (Prevot, Juan Manuel, "Responsabilidad del Principal por los daños causados por sus dependientes". Publicado en: RCyS 2009-XI , 205 Cita Online: AR/DOC/3636/2009). En este sentido, se ha dicho que "El poder del principal se desarrolla en el ámbito de una tarea que en su propio interés delegó en el subordinado, cuya actividad se cumple, entonces por cuenta ajena" (Zavala de González, Matilde, "La responsabilidad del principal", pág. 78).

Efectuadas estas precisiones, anticipo que el agravio en examen no habrá de prosperar. En efecto, el Sr. Zelaya reconoció ser arrendatario del predio donde existían los cultivos de soja; que para trabajar en él contrató al Sr. González, porque ya conocía la finca. Del acta de debate que se glosa a fs. 351 y ss. de la causa penal que en este acto tengo a la vista, surge que el codemandado afirmó "A González Luis Gerardo lo conoce, de hace varios años, sembraba en otra propiedad, es esa época le dije que me hiciera un alambrado, González le prestaba servicios, no era empleado suyo, le pagaba por algunas changas" (fs. 352). Al ser interrogado como testigo por la Sra. Fiscal, en el marco de la investigación penal, el Sr. Zelaya dijo "Yo necesitaba limpiar la soja tenía que hacerlo limpiar, fui un día miércoles, me acuerdo, a la casa del Sr González para preguntarle si él podía hacer la changa de limpiar esa parte, como él ya conocía la propiedad respondió que sí". El propio González declaró en sede penal que "hace changas" para el Sr. Zelaya, sin precisar en qué consistían.

Por su parte, el testigo Luis Alberto Ponce coincidió en su relato en sede penal (cfr. sentencia en expte. penal, fs. 360 vta.), y tiempo después en esta sede civil, al deponer sobre lo que presencié aquel día de los hechos. En especial, y en lo que aquí interesa, señaló que desde un predio vecino (en el que él se encontraba realizando trabajos) vio al Sr. Zelaya bajando de un auto Peugeot 206 con el Sr. González, con una carabina en la mano, y caminar dentro del campo; indicarle luego al Sr. González unas ovejas que habían entrado al campo y le estaban comiendo la soja; que vio al Sr. González caminar, apuntar con el arma y disparar 3 o 4 tiros, en línea con las casas.

La parte recurrente se agravia por la valoración que la sentencia de grado ha realizado de este testimonio, que entiende parcializado. Sin embargo, los dichos de este testigo, se corroboran con distintos aportes probatorios de la causa. Así, el reconocimiento del Sr. Zelaya de la existencia de soja en la finca (fs. 49 de la contestación de demanda), la contratación del Sr. González; su presencia el día de los hechos, junto al condenado, en el predio; tener un auto de la marca señalada por el testigo, aunque modelo 207 (cfr. su testimonio, citado en la sentencia penal, a fs. 362/3 del expte. penal). Además, el relato es coincidente con los dichos de la víctima que, al exponer en Cámara Gessell, pudo manifestar que la agresión provino del Sr. González quien, en el momento, se encontraba en el predio vecino junto al Sr. Zelaya, ahuyentando los animales. En sus propias palabras, así lo expresó la menor: “generalmente no está el que me ha disparado, generalmente está el otro, el que siempre lo acompañaba a él para que vaya a ver, ello tienen un finca ahí, pero ya no va para ahí siempre va el otro” “Zelaya ahora me acordé, y el hombre que hizo el disparo es mayor” (...) “Él quería sacar las ovejas que estaban para ahí parece” (...) “Él iba gritando al hombre que tenía las ovejas que vaya sacando las ovejas” (fs. 368 del expediente penal).

Del complejo de pruebas, surge, tal como ya concluyera la sentencia de grado, que se encuentra suficientemente acreditado que “la changa” encomendada por el Sr. Zelaya al Sr. González -en un marco de relación de dependencia bajo los términos del art. 1.113 CC, según se desarrolló anteriormente- dio ocasión al disparo, el que por lo demás se produjo en presencia del Sr. Zelaya (de acuerdo al testimonio reseñado).

Concluyo que la prueba reunida es eficaz para dar lugar a la responsabilidad indirecta del principal, sin que asuma mayor relevancia en el caso concreto si el Sr. González actuó bajo dependencia transitoria u ocasional, ni tampoco si en el contexto señalado hubo una instrucción concreta de utilizar el arma. Como se mencionó anteriormente, la mera complacencia con la portación del arma mientras cumplía la tarea encomendada dio ocasión para su uso, lo que me persuade en el sentido de resultar procedente extender al principal la responsabilidad por las consecuencias dañosas derivadas de su uso por el dependiente.

Vale tener presente que no se encuentra demostrado que la tarea encomendada efectivamente se haya circunscripto a la mera limpieza del campo, sino que -por el contrario- la portación del arma sugiere que la “changa” contratada involucraba, aún tácitamente, otro tipo de menesteres. Pero además, la presencia acreditada del Sr. Zelaya en el momento y lugar de los hechos, indica su anuencia con el uso del arma, a partir de lo cual pierden sustento los argumentos desarrollados por las apelantes respecto a la imposibilidad de establecer en el caso responsabilidad indirecta por no configurarse una actividad “en ocasión” de la función.

Por todo lo considerado, corresponde rechazar los agravios de la parte y confirmar la sentencia de grado en cuanto consideró configurada la responsabilidad indirecta del Sr. Zelaya por el hecho que tuvo lugar el 18/01/2014.

2.3. Confirmada la responsabilidad del hoy extinto codemandado Zelaya, corresponde abordar el análisis del agravio -quinto- referido al quantum indemnizatorio por el rubro incapacidad sobreviniente, que la parte recurrente impugna por exorbitante y ajeno a las particularidades del caso y las constancias de autos, y que fuera determinado en la suma de \$ 5.832.279 en la anterior instancia. No siendo materia de agravio el método utilizado para su determinación -renta capitalizada- sino la aplicación automática del resultado que arroja la fórmula sin considerar, ponderar y evaluar la integridad del daño, conforme la singularidad del caso. Sin que tampoco la cuantificación de las consecuencias extrapatrimoniales hayan sido objeto de crítica en esta instancia revisora.

Como punto de partida, es pertinente señalar que la víctima de un ilícito, por principio, tiene el derecho a ser resarcida por la disminución en sus aptitudes físicas y psíquicas, que se proyectan tanto en lo orgánico como en lo funcional, con repercusión negativa en el pleno desarrollo de su personalidad, ampliamente considerada. Y no sólo deben considerarse sus posibilidades laborales, vistas como la obtención de beneficios económicos, sino la gravitación de esa minusvalía en todos los demás aspectos de su vida, sea en lo personal, familiar, o en su vida de relación, sin atenerse a pautas fijas o rígidas. (CCCC, Sala 1, sentencia N° 243 del 19/06/2015). Esta Sala del tribunal ha adherido al criterio de que la indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades. “Toda disminución vital importa afectación de la energía generadora de las actividades del sujeto, razón por la cual la cuestión no queda reducida a un cálculo matemático e hipotético de la disminución de los ingresos. Por ello, la determinación de la valoración económica de la incapacidad, al depender de circunstancias de hecho variables en cada caso y libradas a la prudente apreciación judicial, ha de atender a las condiciones particulares del damnificado y al modo en que el infortunio habrá de influir negativamente en todas las posibilidades de su vida futura, además de la específica disminución de las aptitudes de trabajo” (cfr. CSJTuc., sentencia N° 1093 del 19/12/2000, cc. sentencia N° 604 del 13/8/2004).

Las lesiones psicofísicas sufridas por la víctima de un hecho ilícito generan, entre otras consecuencias indemnizables, su derecho a ser resarcida por la incapacidad permanente que pueda resultar de ellas, sea total o parcial, que se proyectan en su ámbito personal y social, más allá de sus repercusiones en las posibilidades futuras de realizar actividades económicas o productivas. Se trata de secuelas no corregibles, cuyas consecuencias negativas dan lugar a una reparación a cargo del responsable (cfr. Zavala de González, M., Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas. Astrea, 2009. T 1, pg. 394 y ss.; cfr. esta Sala, autos Villagrán, Matilde M. vs. Tejada, Juan José y/o s/daños y perjuicios, sentencia N° 254 del 28/6/2013; cc. sentencia N° 374 del 29/10/2019, expte. N° 2248/12). Por lo demás, las limitaciones para el desenvolvimiento cotidiano constituyen un daño indemnizable porque impacta en la economía del damnificado. Con mayor precisión, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 1738 que la indemnización “Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. El perjuicio no consiste en las lesiones físicas que pudo sufrir la víctima sino en sus proyecciones patrimoniales o extrapatrimoniales en la vida del damnificado. A ese efecto, la prueba con idoneidad específica es la pericia médica, no sólo por los conocimientos propios de la ciencia que profesa el experto, sino por las garantías que la ley procesal ha previsto para su producción, en miras a asegurar la defensa en juicio de los interesados en su resultado.

En el caso, de manera liminar, se advierte que el rubro fue receptado sobre la base del informe de la Dra. María Marcela Marassa, médica pediatra del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial, del 19/06/2014, quien le otorgó a la menor una incapacidad física y psíquica parcial y permanente del 40% (cuarenta por ciento), teniendo en cuenta que “se observa una niña muy angustiada con llanto permanente” (...) “la situación descrita a nivel emocional configura un trastorno de estrés postraumático moderado a grave”. Además, en relación a lo físico, señaló que “ante la solicitud de apoyo del miembro lesionado, no se moviliza por sus propios medios lo hace sólo a través de ser levantada en brazos de su madre”, sin perjuicio de lo cual observó que “presenta buena movilidad activa y pasiva de miembro inferior derecho. Señala que, en pierna derecha en su tercio inferior presenta en su cara externa cicatriz de 0,5 cm de diámetro y en su cara interna cicatriz en forma de cruz de 1 cm de longitud en cada una de sus 4 ramas” (cfr. original, a fs. 51 de la causa penal).

Se tuvo en cuenta también la Historia clínica de la víctima, que obra agregada a fs. 217/224 (Hospital del Niño Jesús) y a fs. 228/33 (Hospital de Santa Rosa de Leales), y la declaración testimonial brindada por el galeno del Hospital de Niños, Sebastián Eduardo Iturre, quien atendiera a la víctima cuando ingresó al hospital el día 18/01/14, y que prestara declaración en oportunidad del debate oral penal (12/10/18, fs. 351 del expediente penal).

En lo tocante al modo de cuantificar el rubro bajo análisis, tengo que el art. 1.746 del CCCN, dispone que “en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades”; preceptiva que ha reabierto el debate en torno a los criterios y procedimientos que explican la valuación judicial del daño en la acción resarcitoria (cfr. Rivera, Julio C.-Medina, Graciela (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. IV, pág. 1088; Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. VII, pág. 484; Bueres, Alberto (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, pág. 180; Picasso, Sebastián, “La reforma del derecho de daños”, JA 2012-IV; entre otros”).

Y dada las objeciones vertidas en el memorial de apelación respecto de la determinación de la cuantía indemnizatoria por el rubro, creo pertinente reproducir algunas consideraciones desarrolladas por el Superior Tribunal de nuestra Provincia respecto de la aplicación de fórmulas matemáticas al momento de la valuación judicial del daño cuyo resarcimiento se impone. Al respecto sostuvo que, “las opiniones referidas al alcance de la directiva contenida en el citado art.1.746, ofrecen matices diversos (ver por todos, Schmieloz, Graciela Elizabeth, “La dimensión patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación judicial”, pág. 243 y sgtes.) pero que existe consenso respecto de que el Código “incorpora una novedad: la utilización de las fórmulas matemáticas para ponderar el daño patrimonial por incapacidad permanente, total o parcial” (Galdós, Jorge M., “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCC)”, RCyS 2016-XII, tapa; ver asimismo, Acciarri, Hugo A., “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, LL 2015-D, 677; Acciarri, Hugo A., “La cuantificación de indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código. Su lógica jurídico-económica”, RCCyC 2015, julio, 291; Compiani, María Fabiana, “La obligación de la evaluación objetiva en la determinación de indemnizaciones resarcitorias por daños a la persona”, RCCyC 2016, noviembre, 29; Arruiz, Sebastián G., “¿Qué culpa tiene la matemática? Aplicaciones judiciales de la fórmula de valor presente para cuantificar daños por incapacidad con ingresos variables probables”, SJA 10/08/2016, 112, JA 2016-III) (CSJT, sentencia N° 1487 del 16/10/2018, “Vargas Ramón Agustín vs. Robledo Wálter Sebastian s/ Daños y perjuicios”).

“En una síntesis que armoniza posiciones, expresa Galdós que “estas fórmulas se erigen como un valioso parámetro o guía que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de medir los daños por discapacidad física o psíquica” advirtiendo que “la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conduce a la aplicación automática e inexorable del resultado numérico al que se arribe”. Señala, en efecto, que “el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de estimación ineludible para el juez, pero que no excluye a los otros parámetros, provenientes de la sana crítica, la experiencia vital y el sentido común, pudiendo apartarse de la cuantía matemática fundando los motivos o razones por los que se reduce o incrementa aquél monto” dado que “dicha cuantía matemática no es de acatamiento obligatorio y vinculante”. Agrega Galdós que conforme la norma del art 1.746 CCCN la indemnización debe ser evaluada, y que en la tarea de estimar, apreciar, calcular el valor de algo, está comprendida la facultad judicial de emitir el juicio de ponderación conforme la singularidad del caso, la naturaleza y entidad del daño, las

circunstancias existenciales de la víctima y la realidad económica. Considera que “mantienen vigencia las pautas interpretativas desarrolladas anteriormente en cuanto que el juzgador no está atado a pautas matemáticas inflexibles, fórmulas rígidas o cerradas, porcentajes de incapacidad herméticos o relaciones actuariales. La referencia a un capital que genere rentas no es la única e infalible modalidad de determinación del quantum del daño por discapacidad permanente, física y psíquica, porque ésta comprende no sólo la capacidad laborativa o productiva, o sea la pérdida de ingresos o rentas por la afectación a la actividad productiva o económicamente valorable, sino que también contempla, conforme inveterada jurisprudencia, la capacidad vital o intrínseca de la persona, más allá de su idoneidad laboral o para generar ingresos, y el daño a la vida de relación, es decir la lesión de los aspectos de la personalidad vinculados con el ámbito social, doméstico, cultural y deportivo del damnificado” (CSJT, sentencia N° 1487 del 16/10/2018, “Vargas Ramón Agustín vs. Robledo Wálter Sebastian s/ Daños y perjuicios”). En concordancia con estas consideraciones, Galdós propone “cuatro reglas vertebrales que rigen la cuestión: 1. Sí a la aplicación de las fórmulas matemáticas; 2. Sí a la aplicación de la fórmula que el juez elija fundadamente; 3. No a la aplicación automática y obligatoria del resultado matemático que arroje la fórmula; 4. Sí al arbitrio judicial para ponderar y evaluar la integridad del daño, conforme la singularidad del caso”. (Corte Suprema de Justicia - Sala Civil y Penal in re “Salazar Víctor Hugo y Salazar Marcos Alberto vs. López Pablo Rodrigo - El Cóndor SRL - Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte s/ daños y perjuicios”, sentencia n° 489 del 16/04/2019).

Teniendo en cuenta estas pautas hermenéuticas, y reexaminadas las constancias de autos, se advierte que el monto fijado por la sentencia de grado en concepto de incapacidad sobreviviente, efectivamente deviene un tanto desproporcionado -elevado-, lo que presumiblemente obedezca a la circunstancia de no haberse tenido en consideración todos los elementos del caso que debieron ponderarse en forma conjunta con la pauta objetiva que arroja la ecuación económica empleada, la que conforme se anticipara no es objeto de crítica, sino solo la adopción del resultado arrojado por su conducto.

En orden a justificar la conclusión arribada, ante todo señalo que no debe soslayarse que aquellos guarismos que arroja la fórmula empleada no dejan de ser una pauta orientadora, y que se trata en definitiva de un cálculo probabilístico cuya proyección a la realidad se ve comprometida o dificultada cuando -como en el caso- la víctima es de corta edad y no existen mayores elementos de ponderación y relevancia para la cuantificación del rubro.

Tampoco es posible desentenderse de elementos del caso, que hacen por lo menos repensar las pautas tenidas en cuenta para arribar a la cifra en cuestión. Por ejemplo, que la sentencia de grado parece no haber ponderado el informe de Cámara Gesell -o al menos no surge ello explicitado- practicado a la niña Luna Daiana Brito, ya de 12 años de edad en ese momento (05/10/2017), en donde se señaló, en cuanto a las particularidad del clima emocional durante el transcurso de la entrevista, que se observó “ansiedad situacional al momento de dar cuenta de los hechos relacionados con la presente investigación”, según informó el Psicólogo Emiliano Gato (fs. 288/9 de la causa penal), habiendo transcurrido casi cuatro años desde el suceso dañoso. En esa oportunidad no se hizo referencia a un trastorno de ninguna etiología ni gradación, por el especialista de la materia, a diferencia del referido trastorno por estrés postraumático de moderado a grave que había mencionado la médica pediatra, cinco meses después del hecho, y que fuera considerado para fijar el grado de incapacidad.

Asimismo, que el médico Sebastián Iturre -ya referido- hizo consideraciones genéricas respecto a la lesión padecida por la niña, señalando algunas posibilidades que suelen derivarse de la misma, mas sin especificar concretamente si en el caso se observaban teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el hecho dañoso (cuatro años); señalando también el galeno que la gravedad que considera

que tenía, si es de un grado 2, quiere decir que no había un compromiso muscular importante, y que en el caso de fractura de tibia es muy raro que se genere acortamiento de miembro (declaración transcripta en sentencia penal de fecha 31/10/2018, fs. 358 y ss. de la causa penal que tengo a la vista).

Se pondera también que en autos no se cuenta con una prueba pericial médica encaminada a acreditar de modo más reciente y específico, la entidad de la incapacidad sufrida por la menor, lo que si bien no obsta la procedencia del rubro -con sustento en los informes médicos de la causa penal citada, no contradichos por otras pruebas, arg. art. 267, CPCC-, sí amerita en cambio, la adecuación prudencial del quantum indemnizatorio.

Y sin desconocer la idoneidad e imparcialidad de la que se presume dotada la médica forense que elaborara el citado informe, Dra. María Marcela Marassa (pediatra), se advierte que en su dictamen no se brindó mayores detalles respecto al modo como arriba en la determinación del porcentaje de incapacidad que señala en la víctima. Sobre esta cuestión, tampoco puede ignorarse que la profesional señala que la niña presenta buena movilidad activa y pasiva del miembro inferior derecho, lo que en modo alguno implica desconocer los daños derivados del lamentable suceso, sino, antes bien, procurar arribar a un monto indemnizatorio que refleje lo mas objetivamente posible una reparación proporcional y equitativa de las consecuencias perjudiciales derivadas en el orden patrimonial, tarea no exenta de dificultades en casos como el de autos, según lo considerado.

Teniendo en cuenta entonces el resultado obtenido con la utilización de la fórmula matemática de renta capitalizada -el que no deviene obligatorio ni vinculante-, como así también los restantes criterios cualitativos de estimación del rubro que no han perdido vigencia -conf. lo ya considerado-, siendo dable apartarse de la cuantía matemática resultante dando fundados motivos o razones, concluyo que el agravio en examen es procedente. Ello me lleva a proponer al acuerdo, con sustento en los fundamentos y singularidades precedentemente señalados, menguar prudencialmente el monto fijado por este concepto, y establecer la indemnización por incapacidad parcial y permanente en la suma de \$ 3.000.000 a la fecha del pronunciamiento apelado.

En consecuencia, se hace lugar a este agravio, y se fija la indemnización a título de incapacidad parcial y permanente en la suma antedicha, con más los intereses fijados por la sentencia de grado, aspecto éste último no controvertido.

A la MISMA CUESTIÓN, la Sra. Vocal, Dra. LAURA A. DAVID, dijo:

Estando de acuerdo con los fundamentos dados por el Sr. Vocal preopinante, me adhiero a los mismos, votando en igual sentido.

A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Vocal, Dr. ÁLVARO ZAMORANO, dijo:

En consecuencia, propongo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por las herederas de Luis Horacio Zelaya, codemandado en autos, únicamente en relación a la impugnación del monto indemnizatorio a título de incapacidad parcial y permanente, tratada en los considerandos precedentes, que se mengua según lo considerado, con más los intereses calculados conforme se dispone en la sentencia de grado.

Las costas del recurso de apelación, atento al resultado parcialmente favorable y parcialmente adverso a la parte codemandada, se imponen por el orden causado (art. 107 CPCC).

Así lo voto.

A la MISMA CUESTIÓN, la Sra. Vocal, Dra. LAURA A. DAVID, dijo:

Compartiendo la resolución propuesta, voto en igual sentido.

Con lo que se da por concluido este acuerdo.

La presente sentencia es dictada por dos miembros del Tribunal, por existir coincidencia de votos entre el primer y segundo votante (art. 23 bis, LOPJ, texto incorporado por ley N° 8481).

Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo precedente, se:

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto por las herederas de Luis Horacio Zelaya, codemandado en autos, en relación a la impugnación del monto indemnizatorio a título de incapacidad parcial y permanente, fijado en la sentencia n° 584 del 06/09/2022. En consecuencia, **MODIFICAR** dicha partida indemnizatoria la que se establece en la suma de \$ 3.000.000 (pesos tres millones), a la fecha de la sentencia de grado, con más los intereses allí fijados.

II. COSTAS, como se consideran.

III. RESERVAR pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER

ÁLVARO ZAMORANO LAURA A. DAVID

Ante mí:

FEDRA E. LAGO

Actuación firmada en fecha 31/05/2023

Certificado digital:

CN=LAGO Fedra Edith, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27206925375

Certificado digital:

CN=DAVID Laura Alcira, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27128698499

Certificado digital:

CN=ZAMORANO Alvaro, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 23223361579

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.