

//tencia N° 910

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

Montevideo, cinco de noviembre de dos mil doce

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**DELGADO, RICARDO JAVIER Y OTROS C/ MOTOCICLO S.A. - COBRO DE PESOS - CASACIÓN**", **I.U.E. 2-32913/2007**, venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia No. 31/2012 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno.

RESULTANDO:

1) Que por la referida decisión se confirmó la sentencia apelada, salvo en cuanto dice relación: a) con porcentual de soporte de los daños debidos por la accionada y en referencia a los rubros de daño moral de la víctima y lucro cesante (pasado y futuro) en cuyos extremos se la revoca y en su mérito, se decide conforme se expresa en numerales VI, VII, IX y XI, b) con decisión determinante de no restitución integral del contrato extinguido por operativa resolutoria y en su mérito, condenando al co-demandante Ricardo Delgado a la entrega a la accionada del bien mueble (moto) objeto de la negociación según lineamientos supra relacionados (numeral XII) Sin

especiales condenaciones procesales (fs. 487/497).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16º Turno ampara parcialmente la demanda y en su mérito, decreta la rescisión del contrato de compraventa de una moto Winner Exclusive, celebrado entre el actor y Motociclo S.A., condenando a ésta a restituir el precio pagado de U\$S960 por dicho negocio, con más los intereses legales.

Asimismo condena a Motociclo S.A. a pagar a Ricardo Delgado U\$S24.000 por daño moral con más intereses desde el accidente hasta el efectivo pago, la resultante del proceso previsto en el art. 378 del C.G.P. por daño emergente con más reajustes e intereses desde la fecha del insuceso vial; \$158.363 por concepto de lucro cesante pasado con idéntico sistema de reajuste e intereses del rubro anterior.

Y condena a Motociclo S.A. a abonar por concepto de daño moral a la Sra. Lucía Raquel Cardozo Gómez la suma de U\$S3.200 y U\$S2.000 a cada uno de los cuatro hijos reclamantes, con más intereses desde el evento dañoso hasta el efectivo pago. Sin especial condenación en el grado (fs. 433 a 436).

2) El representante de la sociedad demandada a fs. 500 y ss. interpuso recurso de

casación, por entender que la Sala habría infringido los arts. 1.319, 1.323 y 1.331 del C.C., el art. 24 de la Ley N° 18.191, y el art. 13.3 del Reglamento Nacional de Circulación Vial, expresando en síntesis:

- El Tribunal descartó erróneamente la ingesta de alcohol por parte del Sr. Delgado como una de las causas del siniestro de autos en la medida que incluso en pequeñas dosis, deprime los centros coordinadores del cerebro y retarda sensiblemente las reacciones normales del conductor.

- El Sr. Delgado no se comportó con toda la diligencia de un buen padre de familia al no conducir su moto en forma prudente y en estado atento (como lo exige la normativa citada), habiendo ingerido alcohol en forma previa al accidente de marras lo que no le permitió ensayar a tiempo alguna maniobra tendiente a evitar el accidente o, al menos, atemperar sus consecuencias, como lo hizo anteriormente ante la misma hipótesis de "tranca del motor".

- Por lo que no fue correctamente subsumido el grado de calificación de la concurrencia de las conductas imputables que constituyen la causa del daño, correspondiendo atribuirle al Sr. Delgado una incidencia causal en el evento por haber conducido el vehículo en forma no atenta e imprudente al haber ingerido alcohol en forma previa no inferior al

50%.

- Debe desestimarse el rubro lucro cesante futuro, ya que el propio actor en su escrito de demanda reconoció que mantiene el trabajo que tenía al momento del accidente y que continúa cobrando el mismo salario.

- En virtud de lo expuesto la incapacidad sufrida por el actor no determinó una pérdida en sus ingresos, tal es así que durante los 3 años posteriores a su reintegro a la actividad laboral su salario se mantuvo estable, por ende la condena al resarcimiento de dicho rubro (lucro cesante futuro) debe ser revocada por la Corporación.

- De no procederse en la forma antes peticionada se estaría sobredimensionando la integral composición del daño.

- Solicitó se case la sentencia impugnada procediendo a revocar la misma y en su lugar se disponga atribuirle al Sr. Delgado una incidencia causal en el evento dañoso por haber conducido el vehículo habiendo ingerido alcohol en forma previa al insuceso no inferior al 50%, y se desestime el resarcimiento al lucro cesante futuro o pérdida de chance (fs. 509 vto.).

3) Que, conferido traslado del recurso de casación interpuesto, fue evacuado por el

representante de la parte actora, solicitando por las razones que expone que se desestime el recurso de casación interpuesto con costas y costos de cargo de la recurrente (fs. 522 vto.).

4) Por Dispositivo N° 209/2012, del 16/4/2012, el Tribunal dispuso el franqueo del recurso y la elevación de los autos para ante la Corporación (fs. 524).

5) La Corporación por Sentencia N° 1479 de 27/6/2012 dispuso pasar a estudio de los Sres. Ministros y autos para sentencia (fs. 537 vto. y ss.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal desestimará el recurso interpuesto en la medida que no existe agravio susceptible de ser recibido en la instancia casatoria.

II) Con carácter previo corresponde poner de relieve que existieron decisiones coincidentes en relación a la incidencia causal que tuvo el vicio oculto de la motocicleta en la producción del evento dañoso, surgiendo de autos que el motor se trancó en marcha por fallas en los materiales del cigüeñal, así como respecto a la indemnización fijada por el daño moral sufrido por los actores, no habiéndose expresado agravios asimismo respecto a la forma de determinación

del lucro cesante pasado del actor, en función de lo cual alcanzó la autoridad de la cosa juzgada, no resultando posible ser considerada en sede casatoria.

En función de lo cual los únicos aspectos sobre los que corresponde ingresar y que forman parte del objeto de la revocatoria radican en si el previo consumo de alcohol por parte del conductor de la motocicleta tuvo incidencia causal en el accidente, y si corresponde o no indemnizar el rubro lucro cesante futuro como lo dispusiera la Sala.

III) En relación al agravio referido a la ingesta de alcohol por parte del motociclista, la unanimidad de las voluntades de la Corporación coinciden en que corresponde sea desestimado.

Con carácter liminar, corresponde recordar que la Corporación tiene jurisprudencia firme en el sentido de que el nexo causal, así como el grado de participación en el evento dañoso constituyen *quaestio iuris* que, como tales, son pasibles de ser examinadas en la etapa casatoria (Cfme. Sentencias Nos. 196/05, 187/07, 14/08, 148/09, 46/10, 2.089/10, 3.497/11 y 442/12 entre otras).

Como correctamente relevó el Tribunal *ad quem* no obstante surgir del parte policial incorporado a fs. 10 que el conductor de la

moto presentaba aliento alcohólico, no se aportó ninguna prueba acreditando el nivel de alcohol en sangre, por lo que no se pudo determinar si estaba o no apto para conducir el vehículo en el momento que se produjo el accidente. La carga de probar esta circunstancia parcialmente liberatoria recaía sobre la demandada, por lo que su no satisfacción gravita en contra de su interés (art. 139.1 del C.G.P.).

Al impugnar en casación, la parte demandada no hace mención a medios de prueba que contradigan lo señalado por la Sala, sino que -discrepando con lo resuelto- plantea diversas hipótesis en cuanto al que debería ser el proceder de un buen conductor y sus posibles respuestas ante el desperfecto de la moto, si no hubiera ingerido alcohol, por lo que habiendo incumplido el demandado con su carga de demostrar el hecho de la víctima alegado, el agravio ensayado contra la decisión del "*ad quem*" resulta de rechazo.

El Sr. Ministro Dr. Gutiérrez puntualiza que la referida conclusión probatoria del Tribunal es intangible, inmodificable, dado que la casación no refiere a los hechos, sino al derecho aplicable a los hechos tomados en consideración por el Tribunal para emitir su decisión.

Con relación al rubro

lucro cesante futuro, la comprobación de su existencia constituye claramente *quaestio juris* pasible de ser analizada en sede casatoria.

Quedó fuera de controversia que el Sr. Ricardo Delgado, de 35 años de edad, sufrió traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, además de otras lesiones de menor gravedad, presentó una lesión axonal difusa, con compromiso de amplias zonas del encéfalo no definidas, que no pudieron ser tratadas con neurocirugía. También experimentó una fractura temporal derecha y de pared externa de seno maxilar derecho, parálisis de cuerda vocal derecha, traumatismo orbitario derecho con proyección del ojo al exterior (que demoró alrededor de cuatro meses para introducirse y traumatismo de oído derecho con exteriorización del conducto auditivo).

Tuvo una incapacidad transitoria de 90% durante un mes; y del 70%, por seis meses.

Presenta pérdida de fuerza y sensibilidad en el hemicuerpo derecho.

Su incapacidad genérica permanente es del 60%, conformada por lo secuelar deficitario físico e intelectual e incapacidad específica total.

El actor trabajaba y

trabaja actualmente como deshuesador en un frigorífico, labor que realiza de pie.

La Sra. Perita consignó que dicha labor requiere fuerza, habilidad, manualidad, agilidad y rapidez, condiciones que el periciado no posee.

La prueba de tales extremos surge, medularmente, de la historia clínica (fs. 94-223), del dictamen pericial (fs. 389-399) y de la ampliación de éste en audiencia (fs. 403-403 vto.).

Conforme a ello, el Tribunal acoge parcialmente el rubro lucro cesante futuro, difiriendo su liquidación a la vía del art. 378 del C.G.P., otorgando un 30% de pérdida de chance, sobre el total de ingresos mensuales líquidos del actor vigentes a la fecha de la sentencia liquidatoria, por un período de 25 años, a calcularse con el procedimiento de las matemáticas financieras.

Al efecto la mayoría de las voluntades que conforman este pronunciamiento entienden que corresponde desestimar el agravio.

Resulta correcta la decisión de la Sala, quien citando a Gamarra entendió que en autos se acreditó por el actor el referido daño, ya que en virtud del porcentaje de incapacidad que padece, corresponde la reparación por pérdida de chance

para mantener o aumentar sus ingresos promediales por su actividad regular (Considerando XI, fs. 495 y vto.).

Como se señalara en S. N° 145/05: "... la noción de pérdida de chance implica que el elemento del perjuicio constituido por la pérdida antes mencionada presente los caracteres de directo y cierto siempre que se constate la desaparición de un acontecimiento probable y favorable, aunque, por definición, la realización de una chance nunca es cierta. La pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual; como el primero, y a diferencia del segundo, es reparable (CHARTIER, YVES, 'La réparation du préjudice', pág. 14, Dalloz, París 1996) (Cfme. L.J.U. Caso 14.712, T.A.C. 2º Turno, Sentencia N° 66/03)".

"... Se trata de examinar, entonces, cuál es la situación concreta al tiempo de ocurrir el hecho ilícito para reconstruir idealmente la situación futura a partir de los elementos de juicio específicos que puedan extraerse de aquélla; los extremos de hecho concretos sobre los cuales el reclamante proyecta su situación de futuro y consecuentemente finca sus reclamos, lo que debe acreditarse".

"... La 'pérdida de chance' implica un suceso que no sólo es futuro sino que

es incierto y, por lo tanto, por razones elementales, no podría ser reparado ya que no sería un perjuicio efectivamente sufrido, aunque, podría admitirse la reparación que se invoca siempre que se acredite en forma cierta la pérdida de 'chance' (T.A.C. 7º Turno, Sentencia N° 54/02)".

Por lo que, en el caso, siguiendo la opinión de la Corporación respecto del tema reparación integral del daño (Sentencias Nos. 123/91, 865/95, 203/98, 114/2009), corresponde la condena a la reparación del lucro cesante futuro por pérdida de chance, ya que resultó acreditada la incapacidad genérica permanente del 60%, conformada por secuelas físicas e intelectuales.

No obstante ser cierto que el trabajador continúa en funciones, esta situación se ha desenvuelto por estricta liberalidad de los compañeros de trabajo, de lo que deriva una clara disminución de chance para mantener su trabajo y remuneración así como para progresar en la actividad laboral, dependiendo de sus compañeros de trabajo mantener sus tareas.

Situación que deja bien en claro la incapacidad del actor para mejorar dentro de su actividad o bien aspirar a una actividad diferente, debiéndose tener presente además la existencia de

secuelas a nivel intelectual, que dificultarán su desempeño laboral incluso en actividades en las que no se requiera destreza física.

Atendiendo a tales circunstancias, y habiéndose acreditado la incapacidad genérica permanente del 60%, la pérdida de fuerza y sensibilidad en el hemicuerpo derecho y que, específicamente, en virtud del accidente, el actor no posee la fuerza, habilidad, manualidad, agilidad y rapidez que la tarea de deshuesador en un frigorífico requiere, no existe mérito para casar la condena impuesta por concepto de pérdida de chance como fuera peticionado.

El Sr. Ministro Dr. Gutiérrez señala que este motivo de casación es de rechazo porque el planteo que se hace en la impugnación refiere a un aspecto que no fue el considerado en la sentencia de segunda instancia: la pérdida de chance, que conlleva a la reparación aunque no estemos ante un perjuicio cierto.

IV) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal,

FALLA:

**DESESTÍMASE EL RECURSO DE
CASACIÓN INTERPUESTO, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.**

**OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE LOS
AUTOS.**

**DR. DANIEL GUTIERREZ PROTO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DISCORDE PARCIALMENTE:

I) A mi juicio, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso deducido y, en su mérito, casar la sentencia impugnada en cuanto amparó el rubro lucro cesante futuro, desestimando tal reclamo, por los fundamentos que expresaré a continuación.

II) Efectivamente, a diferen-

cia de lo que entiende la mayoría que concurre a dictar el presente dispositivo, considero que el agravio relativo al rubro lucro cesante futuro es de recibo.

La comprobación de la existencia de este rubro constituye, claramente, una *quaestio iuris* pasible de ser analizada en la etapa de casación.

Quedó fuera de controversia que el Sr. Ricardo Delgado, de 35 años de edad, sufrió traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento. Además de otras lesiones de menor gravedad, presentó una lesión axonal difusa, con compromiso de amplias zonas del encéfalo no definidas, que no pudieron ser tratadas con neurocirugía. También experimentó una fractura temporal derecha y de pared externa de seno maxilar derecho, parálisis de cuerda vocal derecha, traumatismo orbitario derecho con proyección del ojo al exterior (que demoró alrededor de cuatro meses para introducirse) y traumatismo de oído derecho con exteriorización del conducto auditivo.

Tuvo una incapacidad transitoria de 90% durante un mes; y del 70%, por seis meses.

Presenta pérdida de fuerza y sensibilidad en el hemicuerpo derecho.

Su incapacidad genérica

permanente es del 60%, conformada por lo secuelar deficitario físico e intelectual e incapacidad específica total.

El actor trabajaba y trabaja actualmente como deshuesador en un frigorífico, labor que realiza de pie.

La Sra. perita consignó que dicha labor requiere fuerza, habilidad, manualidad, agilidad y rapidez, condiciones que el periciado no posee.

La prueba de tales extremos surge, medularmente, de la historia clínica (fs. 94-223), del dictamen pericial (fs. 389-399) y de la ampliación de éste en audiencia (fs. 403-403 vto.).

Ahora bien, no obstante dicho grado de incapacidad y como bien observó la Sra. Jueza *a quo*, el actor continuó trabajando en el frigorífico luego de que se consolidaron sus lesiones y siguió desempeñando las mismas tareas que hacía antes del accidente, con la ayuda de sus compañeros. También debe hacerse hincapié en que no se le redujo el salario. A mi juicio, como la incapacidad del actor no determinó una pérdida de ingresos ni de su fuente laboral, no corresponde su indemnización en el ámbito del daño patrimonial, sin perjuicio de que tal circunstancia debe ponderarse, claro está, a la hora de

fijar la reparación del daño extrapatrimonial (Cf. A.D.C.U., Tomo XXXVIII, c. 884, pág. 490).

A su vez, como sostuvo la Corporación, si la incapacidad genérica no es total, nada indica que el trabajador esté imposibilitado de realizar una nueva actividad laboral y obtener otro trabajo (A.D.C.U., Tomo XXXIX, c. 839, págs. 513 y 514).

Si a ello se le suma que el actor no perdió su trabajo ni vio disminuido su salario, la condena en concepto de pérdida de la chance de mantener o aumentar sus ingresos fijada por la Sala (sobre la base del 30% de los ingresos líquidos mensuales por un período de 25 años) supone un enriquecimiento injusto, puesto que esa retribución adicional implica un incremento patrimonial que excede las pautas de la indemnización integral por privación de ingresos, que, en la especie, no se produjo.

La posibilidad de que el actor sea despedido del frigorífico donde trabaja hasta el presente (el siniestro ocurrió el 6 de abril de 2007) y de que no pueda conseguir otro trabajo remunerado como ése no pasan de ser -a la luz de las resultancias de autos- meras hipótesis o eventualidades, simples conjeturas sin sustento probatorio, por lo que el daño cuya reparación se reclamó, al carecer de certeza,

jurídicamente, no existe como tal.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA