En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., M. A. y otro c/ A., D. m. y T. C. SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 417/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 761/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 356), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 305/307? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 305/307, por la que se rechaza la demanda interpuesta por la parte actora H., M. A. y R. E. C. en representación de su hijo menor N. F. C., contra la parte demandada D. M. A. y T. C. S.A., por haber ocurrido el hecho por culpa exclusiva de la víctima (art. 1111 C.C.). Impone las costas del juicio a los accionantes, regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la parte actora a fs. 308 y el recurso se concede a fs. 309.

A fs. 310/311, los abogados N. D. y A. G. M., en propio derecho, apelan los honorarios por bajos y fundan el recurso.

A fs. 313 se interpone aclaratoria por la parte citada en garantía M. d. S. d. T. P. d. P. B. R., que se resuelve a fs. 315 y declara que la presentante citada en garantía se encuentra exenta de responsabilidad derivada de la Ley de Seguros, por el hecho por el cual se demanda.

A fs. 320 se concede el recurso interpuesto por los profesionales D. y M.

A fs. 340 toma intervención en propio derecho N. F. C. y con patrocinio letrado.

Los agravios en propio derecho del nombrado y con patrocinio letrado, se exponen a fs. 346/348. Se agravia de lo expuesto por la sentencia en el punto 2, que transcribe, respecto a la testimonial de M. B. G. (fs. 227), que dice el Juez que no existe ningún elemento de prueba que desvirtúe sus dichos, pero no considera el resto de las medidas, la documental agregada a fs. 10 y acompañada a fs. 141 copia certificada, de la que surge cómo fue el accidente y que constituye el relato del demandado D. M. A. ante la autoridad policial una confesión y presenta lo dicho en la exposición policial N° ***/03, de lo que surge el carácter de embistente del colectivo. Señala la valoración jurisprudencial cuando ya no es la víctima de la declaración policial la que expone sobre los hechos, sino el propio conductor del automotor, que se estima como confesión extrajudicial. Estima que T. C. S.A. también coincide con lo dicho por A. y refiere la jurisprudencia que otorga gran valor a las primeras declaraciones formuladas ante las autoridades

intervinientes. Pide finalmente la revocatoria del fallo.

Los agravios resultan contestados a fs. 350/353, pretendiéndose la deserción del recurso y luego contestando los agravios y peticionando en definitiva su rechazo.

En cuanto a lo sustancial ha de quedar develada según los alcances de la controversia, pero en lo inmediato no hay lugar para tener por desierto el recurso de fs. 346/348, calificándolo como mera discrepancia subjetiva, si la crítica se expone en el entendimiento de elementos de prueba que se consideran relevantes y como que no han sido debidamente evaluados en el curso del fallo.

Análisis de los agravios.

El sustento del hecho, con la copia del Acta Policial N° ***/03, de fecha 27/9/2003, ratificada en su autenticidad a fs. 141, informa que en dicha fecha concurre a la sede policial, Seccional Sexta, D. M. A. y expone: "…que en el día de ayer, siendo las 12,10 hs. aproximadamente; se encontraba conduciendo el colectivo de la E. T. C., Interno **, por calle H. y calle G., frente a la Escuela D. B. del B° M. A… que en la mencionada intersección se le cruza un chico, menor de edad, de nombre N. C., de 13 años de edad. Que antes del accidente frenó a los fines de dar paso a los chicos que cruzaban en ese momento. Al soltar el freno del colectivo, se le cruzó el menor en cuestión, causándole la rotura de algunas piezas dentarias, no siendo de gravedad la lesión sufrida. Que deja constancia que el menor fue inmediatamente trasladado a Urgencias, de donde luego fue derivado al Hospital Regional…". El instrumento presentado por la parte

actora al demandar (fs. 16/22vta.), señala la coincidencia del momento del accidente con el horario de salida de los estudiantes de la Escuela D. B. y con afirmación que al cruzar por la intersección de la calle G. y H., es embestido por el colectivo de transporte público de pasajeros propiedad de la codemandada T. C. S.A.

Al contestar la demanda, A. modifica en cuanto a los hechos en sí y que expusiera ante la autoridad policial (fs. 33), contrapone que "…circulando por calle H. y habiendo cruzado la intersección con calle G. habiendo pasado unos 20 o 30 metros de la misma, se cruza corriendo la calle H. en forma abrupta y súbita un menor cuyos datos se desconocen lo que hace que el Sr. A., quien se desplazaba despacio, detenga en forma absoluta la marcha del colectivo, momento en el cual también en forma abrupta y repentina se cruza corriendo el menor N. F. C., quien choca su rostro con el colectivo que se encontraba detenido".

T. C. S.A., por su parte, expone los hechos en forma similar al dicho de A. en la exposición policial, punto B. de fs. 41vta., que A. había detenido la marcha en la intersección de H. y G. para dar paso a los peatones que cruzaban en ese momento y cuando reanuda su marcha por no cruzar nadie más, imprevistamente lo hace corriendo un chico que resulta ser N. C., "…y al cual levemente lo toca dado la poca velocidad que llevaba".

La parte citada en garantía, M. R. D. S. d. T. P. d. P., al referirse a la realidad de los hechos, combina los suministrados precedentemente, los resultantes de la sede policial y los sostenidos por A. al contestar la demanda y por T. C. S.A., atribuyendo

como los restantes demandados, la culpa exclusiva al entonces menor N. F. C.

En su oportunidad se da intervención a la Asesora de Familia, la que dictamina a fs. 303/303vta., que la causa se encuentra en condiciones de resolver haciendo lugar a la reclamación, por encontrarse aportadas pruebas que acreditan los extremos invocados.

La disidencia crítica de la recurrente es contra la concepción del fallo que otorga toda la relevancia probatoria al dicho de la testigo G. (fs. 227), en el entendimiento que constituye el único elemento de juicio para determinar la forma en que se produjo el accidente y acepta que si bien podría admitirse que en su declaración puedo haber tratado de acomodar la situación de su compañero de trabajo… lo cierto y real es que de las constancias de autos no surge ningún elemento de juicio que desvirtúa sus dichos…".

La concepción del fallo resulta altamente vulnerable, primero, porque tratándose del daño producido por una cosa altamente riesgosa como es el automotor en el medio social, donde la atribución de responsabilidad no es a título de dolo o culpa, sino de carácter objetivo, sobre la base del riesgo creado, poner la eximente de responsabilidad en una única testimonial a la que le cabe lógicamente las generales de ley por resultar compañera de trabajo del autor, resulta inadmisible. Cuando el daño es ocasionado mediante el empleo de cosas la responsabilidad es objetiva y las eximentes deben interpretarse restrictivamente (Jornadas de San Juan año 1984 y de Junín del 9/11 oct.1986). Pero a mayor abundamiento, tampoco pudo señalar la sentencia la inexistencia de prueba que contradiga la testimonial de G. Es el propio

A. el que al declarar por presentación en sede policial, determina el lugar del hecho exactamente en la intersección de la calle H. y G., porque allí se había detenido, en modo alguno expone que la detención era a veinte o treinta metros de la esquina y menos que el niño N. C. golpea con el lateral del ómnibus. Son estas afirmaciones expuestas al contestar la demanda por A. y que sigue la testigo G., ambos con recreación exculpatoria, pero contradicho por A. en la declaración expositiva al presentarse a la jurisdicción policial. Las constancias obran a fs. 10 y copia fiel del Acta Policial N° ***/03 C.S.S.C.R. a fs. 141. La expresión es clara del lugar de ocurrimiento del hecho: "…siendo las 12,10hs. aproximadamente, se encontraba conduciendo el colectivo de la Empresa T. C., Interno **, por calle H. y calle G.; frente a la Escuela D. B. del B° M. A. de esta ciudad; con dirección a la Terminal de la mencionada empresa. Que al llegar a la mencionada intersección se cruzó un chico, menor de edad, de nombre N. C., de 13 años de edad. Que antes de ocurrir el accidente, frenó a los fines de dar paso a los chicos que pasaban en ese momento. Al soltar el freno del colectivo, se le cruzó el menor en cuestión, causándole la rotura de algunas piezas dentarias, no siendo de gravedad la lesión sufrida...".

El caso cae dentro de las premisas invocadas por la apelante, porque "…las primera declaraciones del conductor del vehículo formuladas ante las autoridades policiales deben prevalecer sobre las posteriores y sobre las formuladas en el juicio civil, porque suponen, por la fecha en que se realizan, un mejor recuerdo de los hechos y una mayor espontaneidad en el declarante" (C.NCiv., Sala C, 14/6/65, en L.L.120-934)

y debe agregarse: "La declaración prestada ante la policía por el conductor del vehículo embestidor tiene importancia decisiva, tanto más si la prestó al día siguiente del hecho, cuando ya había podido reflexionar y no pudo hallarse bajo la impresión producida por él, que lo indujera a admitir su culpa (CNCiv., Sala F., 28/12/71 – E.D. 42-259).

El desenfoque del fallo resulta, en consecuencia, patentizado. La cabal verificación del hecho la suministra A. en sede policial, el lugar de ocurrimiento en la intersección de dos calles, donde se detenía para el paso de los niños, de lógico movimiento por la hora y la existencia de la escuela adyacente en la misma esquina de G. y H. (inspección ocular de fs. 241). Es este mismo lugar donde después del paso de un grupo de niños: "Al soltar el freno del colectivo, se le cruzó el menor en cuestión, causándole la rotura de algunas piezas dentarias.

Precisamente el conductor A. realiza su exposición ante la policía al día siguiente del accidente, de toda ajenidad a que el mismo se produjera a veinte o treinta metros de la intersección o que el niño C. chocara contra el lateral del vehículo. Sí proporciona la exacta relación causal, el soltado del freno del ómnibus luego de su detención, en cuyas circunstancias al cruzarse el menor, le causa la rotura de las piezas dentarias.

Es la dinámica del accidente, el daño recibido por contacto con la cosa. Ni siquiera arguye A. como lo hace al contestar la demanda, que el niño N. C. se desplaza corriendo, en forma abrupta o súbita, por otra parte, de absoluta previsibilidad en el lugar y circunstancias antecedentes. Aún el concepto acuñado va

más allá: "…es previsible, hoy y aquí, que un peatón intente el cruce de una calle, cualquiera sea, por zonas prohibidas o que se detenga en medio de la calzada o actúe con eventual perplejidad e incoherencia de conducta…" ("Responsabilidad del conductor en los accidentes de tránsito", Dr. Mosset Iturraspe, en J.A. 27-1975-48 y ss.).

Se rechaza por lo expuesto la realidad de los hechos invocados por A. al contestar la demanda ya señalados y la consecuente culpa de la víctima que elabora, rechazando lo sostenido como lugar de ocurrimiento del hecho, conducta imprevisible o súbita de la víctima y que la colisión dañosa haya localizado en el lateral del ómnibus que conducía. Respecto a T. C. S.A., si bien se ajusta más a la exposición policial de A., se rechaza asimismo en cuanto sostiene lo imprevisto del cruce en las circunstancias y con las connotaciones del movimiento escolar de niños ya referido. Por el conjunto de valoraciones que se dejan expuestas, se rechaza asimismo la eximición de responsabilidad interpuesta por la parte M. R. S. d. T. P. d. P. de fs. 86 y ss., imputando culpa exclusiva al niño porque haya cruzado inesperadamente al soltar el freno el conductor del ómnibus.

Por todo lo expuesto, debe revertirse la desajustada comprensión del fallo, alejada de una avizora existencia de pruebas y del significado del sistema legal de responsabilidad por riesgo creado bajo los principios del art. 1113 C.C. y los factores de atribución por responsabilidad objetiva que obligaban a resarcir frente a un hecho de absoluta previsibilidad.

Así se declara, por lo que la sentencia debe ser revocada en todas sus partes.

La actora invocó como daños materiales y morales a partir de fs. 17vta., gastos por tratamientos médicos por pérdida de piezas dentarias y daño psicológico; tratamiento odontológico en los que describe los daños de la cavidad bucal, con tratamiento definitivo a realizarse a partir de los 18 o 19 años de edad, cuando termina el desarrollo corporal, debiendo hasta ese momento utilizar una prótesis removible. Lo evalúa en la suma de $13.200. Acciona, asimismo, por daño psicológico, que considera daño "en sí mismo", que no requiere demostración probatoria y describe las afectaciones de la personalidad, que evalúa en $28.800 y por daño moral la suma de $22.000, que funda en jurisprudencia. Monto demandado $64.000.

A fs. 120vta., informa por oficio la psicóloga clínica S. M. el costo de la sesión de terapia psicológica individual, de duración de 50 minutos, en la suma de $60 por cada sesión. Del mismo modo, a fs. 121vta., informa el médico psiquiatra y terapeuta que el valor de la entrevista es de $70. A fs. 126/130, obra pericia odontológica del Dr. G. C. P., donde señala que la salud bucal del menor N. C. es buena, que hay ausencia de piezas dentarias, terceros molares o muelas de juicio, incisivo central derecho e izquierdo e inciso lateral izquierdo, que se trata de pérdidas de piezas dentarias definitivas; que las pérdidas ocasionan defectos funcionales masticatorios, fonéticos, influencia en la autoestima y vida de relación del individuo; que al momento del examen C. tiene 15 años, que el tratamiento definitivo debe hacerse entre los 18 y 22 años; que el paciente se encuentra en condiciones de recibir implantes con prótesis removibles o fijas, dependiendo de las

condiciones funcionales, estéticas y económicas; que no se puede volver atrás y las restitución integral es imposible; que el tratamiento para la reparación tiene entre 6 a 8 meses, una vez concluida la etapa de desarrollo; que el menor es portador de una prótesis parcial removible, que debe controlarse periódicamente por tratarse de una estructura rígida y que no interfiera el crecimiento óseo.

La pericia es puesta consideración de las partes a fs. 143.

A fs. 145/153vta., se agrega la Historia Clínica del Hospital Regional perteneciente a N. F. C.; en la que consta que es traído al servicio de urgencias por atropello en la vía pública, paciente de 13 años que refiere haber sido atropellado en la vía pública por colectivo, madre sabe y el no recuerda si perdió el conocimiento; ingresa semiasistido sin tabla rígida y cuello cervical… boca con heridas, pérdida de piezas dentarias; dolor intenso en hombro derecho; coloca tabla rígida en posición horizontal… rx cráneo, cervicales P, panorámica de pelvis, rx tórax, rx hombro derecho y mandíbula superior e inferior… se interna en observación…".

A fs. 162/162vta., se formulan observaciones a la pericia odontológica por la parte codemandada D. M. A., que se tiene presente para el momento de dictar sentencia.

Los fundamentos de la impugnación precedente por supuesta impropiedad profesional del perito de pronunciarse respecto a puntos que señala resultan extemporáneos, ya el contenido de los puntos de la pericia odontológica ordenada, quedaron firmes al ordenarse la prueba respectiva a fs. 95.

El contexto probatorio que no ha decaído por acuse de negligencia o falta de producción de la prueba, concordancias de los contenidos de la historia clínica con las constancias de la pericia odontológica del Dr. G. P., reconocimiento del presupuesto de fs. 15 por el Dr. G. B. a fs. 189, comportan el reconocimiento de los daños invocados en el punto VI y sus ítems como "tratamiento odontológico", por la suma de $13.200.

El invocado daño psicológico se encuentra desistido por falta de prueba por la propia accionante al alegar a fs. 282/284.

Las circunstancias del accidente, edad de la víctima N. C. a la fecha del accidente, afectación física y de sufrimiento personal patentizado en la historia clínica referida, carencias bucales de por vida e implicancias señaladas en la pericia odontológica, comportan indudablemente un grave daño moral que debe indemnizarse y que alcanza con justicia a la suma prudencial de $20.000.

La demanda prospera, en consecuencia, por la suma de $33.200, con más los intereses a partir del evento dañoso, a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, conforme con la jurisprudencia vigente ("Mancilla Cárdenas, José c/ José María Rodrigo", expte. N° 12.837 año 2002).

De conformidad con la norma citada, art. 1113 C.C. y concords., resultan las partes solidariamente obligadas, sin perjuicio de la medida del seguro respecto a la aseguradora citada.

A fs. 310/312, recurren la sentencia en propio derecho los abogados N. D. y A. G. M., por bajos los honorarios y en razón del resultado del juicio. Votándose su revocatoria y debiendo ajustarse en forma

concordante el pronunciamiento y las regulaciones pertinentes, carece de virtualidad el pronunciamiento que hubiera correspondido según los fundamentos del recurso.

De acuerdo con el art. 282 Ley XIII N° 5, deben readecuarse las costas y la regulación de los honorarios. Atendiendo el carácter indemnizatorio del juicio, no corresponde el parcelamiento del resultado por la parte que no prospera, resultando vencidas las partes individualizadas y toda vez que rechazaron íntegramente la demanda, se le imponen las costas con los alcances precedentes y en ambas instancias conforme con el art. 69 Ley cit.

Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4, arts. 5, 6, 8, 9 y concords., el mérito de los trabajos profesionales, la trascendencia del juicio y el tiempo transcurrido, propongo los honorarios de primera instancia, los conjuntos de los Dres. N. J. M., M. A. P., A. F. F. L., en la suma de $14.000; los del Dr. N. A. D., en la suma de $6.000 y los de la Dra. A. G. M. en la suma de $4.000; los del Dr. O. Z. A., en la suma $8.000; los del Dr. M. H. P. D., en la suma de $8.000 y los del perito Médico Odontólogo en la suma de $2.500, con los restantes alcances de la primera instancia.

En la Alzada, por las normas citadas, art. 13 y restantes evaluaciones, se proponen los honorarios del Dr. N. J. M., por el patrocinio letrado, en la suma de $2.800 y los del Dr. N. A. D., en $2.500, con más el impuesto que corresponda.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar a los agravios interpuestos por la parte actora N. F. C., en propio derecho y patrocinio

letrado, contra la sentencia de fs. 305/307, que se revoca en todas sus partes.

2) Se hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora N. F. C., hoy constituida en propio derecho, contra las codemandadas D. M. A., T. C. S.A. y citada en garantía M. R. D. S. d. T. P. d. P., esta en la medida del seguro, condenándolas solidariamente al pago, en plazo de 10 días, a favor de la parte actora de la suma de treinta y tres mil doscientos pesos ($33.200), con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, a partir del accidente.

3) Declarar carente de virtualidad el pronunciamiento respecto al recurso interpuesto a fs. 310/311.

4) Costas de la primera instancia y segunda instancia a las codemandadas y citada en garantía, esta con los alcances señalados, y a cuyo fin se regulan los honorarios de los profesionales nombrados de conformidad con los considerandos respectivos.

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 350/353.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la resolución de fs. 305/307 aclarada a fs. 315, por la que se desestima las demanda con expresa imposición de costas a la accionante es apelada por esta y por derecho propio por sus letrados (fs. 310/3111), a tenor del informe de fs. 346/348 y contestados por su oponente a fs. 350/353.

Ante la sugerencia prologal de la demandada en cuanto a la suficiencia del recurso intentado, ya he tenido oportunidad de señalar en circunstancias

similares que en la sustanciación del recurso de apelación, el cumplimiento de los requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la presunta precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía entre el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio y delimita restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (ver, v. gr., CNCiv., sala H, 2001/03/13, RCyS, 2001-942). El colega que abre el acuerdo ha seguido de modo implícito tal directiva, ya que de otro modo hubiese decidido la aplicación de la sanción prevista en el art. 269 CPr/DJ, por lo que existe coincidencia y en consecuencia se mantiene abierta la instancia.

Existen más razones para calificar la suficiencia formal del recurso. Ocurre que el a quo elige el camino más simple para encontrar la respuesta a la cuestión central del debate, esto es, dice adquirir certeza en cuanto eximente alegada por la demandada, destruyendo el nexo causal alegado por la actora en base a la testimonial singular de M. B. G. que, además, resulta ser dependiente de la demandada (fs. 227 1ª. pregt.) y era trasportada de manera benévola (2ª. pregt.), en tal oportunidad, por quien asumía el riesgo de la conducción del vehículo de pasajeros. No cabe presumir ligereza, pero tales circunstancias aconsejaban dar las razones por las que pese a las lógicas sospechas que merecen esos dichos, provocaron en el ánimo del a quo plena certeza tras asumir la confrontación con todo el resto de la prueba aún cuando fuera escasa. Le basta, en consecuencia, a la recurrente, demostrar en esta

instancia que hubo error en tal apreciación para renovar el debate en su totalidad.

Conjuntamente con la demanda se acompaña copia de la exposición policial 460/03 (fs. 10) no impugnada por las demandadas (ver fs. 32 vta./33, p. B y fs. 41/43) ni la citada en garantía a fs. 85/88, absolutamente ignorada en los considerandos del fallo impugnado. Máxime cuando los presuntos dichos del conductor del rodado involucrado en el evento daños da una versión, ante la autoridad policial, más ajustada a las alegaciones de la accionante y francamente contradictoria con lo que sostendría a la hora de responder en sede judicial.

Bastaba con recordar que en muchos antecedentes he señalado la importancia probatoria de tales instrumentos, ya que así lo autoriza el art. 17 de la Ley Orgánica Policial de la Provincia del Chubut (Ley XIX - N° 5, antes Ley 815), tanto como doctrina y jurisprudencia provincial (ver, v. gr., STChubut, 06/10/80, JA 1981-III-625) o nacional aún cuando no se cuente con tal respaldo legal y en tal sentido tomando la postura más restrictiva se dice: "...Por el contrario, aun cuando el acta de choque haya sido redactada con intervención del funcionario policial, si se trata de una declaración de carácter unilateral, debe desecharse su valor probatorio cuando lo que se pretende es probar contra el contrario. Únicamente cabe acordarle relevancia cuando quien aparece levantándola formula manifestaciones que redundan en su propia contra, puesto que allí tiene el carácter de reconocimiento extrajudicial, dada la calidad de autenticidad de la exposición policial" (ver CNCiv., sala G, 2007/11/02 – "Jorge Antonio c/ Chávez Cáceres,

Juan y otros”- publicado en utsupra.com bases de jurisprudencia). Así, tales reconocimientos prevalecen sobre los dichos posteriores y en casos análogos he recordado numerosos fallos que señalan: “Las primeras declaraciones testimoniales formuladas ante las autoridades intervinientes prevalecen sobre las posteriores y aún sobre las volcadas en el juicio civil, porque suponen una mejor precisión en el recuerdo de los hechos y mayor espontaneidad en las declaraciones” (ver, v. gr., CNCiv., sala A, diciembre 4-998, ED 185-590; CNCiv., sala E, 2006/02/13 –C., I. S. c. Pertus, Carlos A. y otros- Rev. LL 2006/06/14, 9, fallo n° 110.449). (ídem en CNCiv., sala E, 2006/02/13- C., L. S. c. Petrus, Carlos A. y otros- Rev. LL de 2006/06/14, p. 9, fallo 110.499).

Tan desacertada elección por parte del a quo me recuerda que en circunstancias similares nuestro Máximo Tribunal Nacional recordó que: “Es cierto que los jueces no están obligados a ponderar uno por uno y con exhaustividad todos los elementos argumentativos y probatorios traídos por las partes; mas la selección que hagan no debe ser arbitraria, ignorando –sin dar razón plausible- aspectos de importancia, y discurriendo al margen de la valoración integral de la que la jurisdicción no puede prescindir” (Fallos 320:2715; 317:1671; 312:1722; 326:948 y 1741 entre muchos). Se advierte en el fallo omisión sin razón de allí la advertencia al respecto.

Lo hasta aquí expuesto y valorado permite dejar sin basamento probatorio la eximente alegada sobre quien pesaba tal responsabilidad de conformidad con la normativa que rige tales eventos, esto es un accidente de tránsito ocurrido entre un peatón y un automotor.

Veamos, como tantas veces se ha dicho, cuando un peatón sufre un accidente de tránsito, es de aplicación la presunción que emana del art. 1113 CCiv., la que si bien es juris tantum debe ser destruida por prueba aportada no por la víctima, sino por aquel sobre quien recae, es decir, el conductor de la máquina y que acredite fehacientemente alguna de las causales eximentes que contempla la citada disposición legal, dado que, incluso un estado de duda, es insuficiente para esos fines (CNCiv., sala E, setiembre 28-2004, ED 212-118, con cita de Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", t. 5, pág. 393, ap. f., citas legales y jurisprudenciales).

Además, comentando un fallo de la CNCiv., sala H de abril 5-1995- "Cezer de González, Celia c. González, Sergio Gustavo"- Rev. ED de febrero 7-1996, Jorge Enrique Martorell bajo el título "El peatón, usuario de la vía pública", en uno de sus párrafos dice –en opinión que comparto totalmente- que el peatón debe tener conciencia de su personal vulnerabilidad física y observar una adecuada precaución al descender a la zona que comparte con los automotores; el derecho que cada parte considere que le pertenece no debe ejercerse en los términos irracionales de poner en peligro la vida propia o ajena; si bien es exacto que no quedaría exento de responsabilidad el automovilista que, pudiendo detenerse o maniobrar, al observar un peatón cruzando antirreglamentariamente –o ilícitamente, según la terminología del art. 41 inc. e) de la Ley 24449 a la que ha adherido la Provincia del Chubut por Ley XIX-N°26 y el municipio local por Ordenanza 6199/96- correlativamente parece válida la inversa respecto del

peatón que cruza pese a observar un vehículo que amenaza su seguridad. En el caso, la duda beneficia a la víctima.

Conforme tales pautas, fracasado el intento de probar la eximente solo cabe aplicar el precepto legal atribuyendo plena responsabilidad al dueño y guardián de la cosa peligrosa (legitimación pasiva no cuestionada) de conformidad con el art. 1113 CCiv. por lo que mi opinión resulta concordante a la de mi colega preopinante en cuanto a este punto.

Los daños bucales alegados en la demanda han quedado plenamente acreditados por la confesión extrajudicial del demandado A. a fs. 10, la Historia Clínica adquirida en autos a fs. 146/153 de fecha inicial coincidente con la del evento (hecho no controvertido) y pericial odontológica de fs. 126/130 impugnada tardíamente, ya que no se formuló reserva alguna en cuanto a los puntos a contestar al momento de su ofrecimiento (fs. 21 p. VIII.5.5, ni al ordenarse su producción a fs. 95). Y habiendo quedado debidamente autenticado (fs. 189) el presupuesto de fs. 15 a efectos de cubrir el gasto rehabilitación bucal el reclamo procede por la suma allí indicada.

Vale que aclare que aún cuando no he adherido a la postura de otorgar autonomía al daño psicológico, sino que de alegarse y probarse integrará la indemnización por daño patrimonial o extrapatrimonial (moral), en el caso alegado no ha sido probado. Pero distinto es el caso del daño moral, ya que el mismo no requiere prueba alguna cuando se prueba el daño físico, en el caso bucal y es que no cabe duda que habiendo mediado lesiones a la integridad física de la actora, nos encontramos frente a un clásico supuesto en que la

procedencia del daño moral es clara (cf. CNCiv., esta Sala, expte. n. 114.707/2004, "V., J. M. v. M., L. A. s/ daños y perjuicios" del 11/3/2010 entre muchos otros).

Se ha dicho que a los fines de establecer la indemnización por daño moral que corresponde otorgar a la víctima de un accidente, debe tenerse en consideración las características que presentó el hecho, la repercusión que en sus sentimientos debió generar la ocurrencia misma del infortunio como una agresión inesperada a su integridad física, todas las intervenciones (quirúrgicas, etc....) médicas a las cuales debió ser sometido, las secuelas permanentes que le produjo, como así también el tipo de incapacidad transitoria –internaciones- y demás características personales (CNCiv., sala H, 2010/02/08 –"Buglione, Pablo Cesar c. Scaff, Sergio Marcelo y otros"- fallo n. 28.541 en DJ 2010-1867). En el caso vale la documental médica y demás circunstancias admitidas y presumidas como consecuencia de la lectura de la historia clínica y que emergen de la pericial odontológica, de allí que considere como prudentemente estimada y ajustada al caso la propuesta por quien abre el acuerdo en la suma de $20.000.

La suma indemnizatoria propuesta devengará intereses desde la fecha del evento (26/09/2003) conforme la tasa activa para operaciones de descuento del Bco. de la Nación Argentina, tal como indica la jurisprudencia de esta Sala en esta materia.

La queja por honorarios, conforme lo propuesto y por imperio del art. 282 CPr/DJ, se tornó abstracta.

Siendo así, corresponde revocar el fallo en todas sus partes y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente

a la demanda y condenando a D. M. A., T. C. SA. y a la citada en garantía en la medida del seguro M. R. D. S. d. T. P. d. P. en forma concurrente por la suma de $33.200 (pesos treinta y tres mil doscientos) con más sus intereses desde el evento dañoso y a la tasa indicada precedentemente en el plazo de diez días de firme o consentida la presente, en favor de la actora.

Aclaro que, tal como hemos resuelto en circunstancias análogas, la obligación que emerge del fallo no es solidaria, sino concurrente o mal llamada "in solidum" (ver, v. gr., "Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias", por Carlos A. Calvo Costa, publicado en: LA LEY 2010-B, 1111; SCBA 30/09/2011 -"López de Clar Miriam Cristina c/ Flores Miguel Ángel y otro"-, cita: MJ-JU-M-52764-AR - MJJ52764 - MJJ52764). Y es que como fácilmente permiten apreciarse, estas obligaciones, llamadas también obligaciones conexas, indistintas o convergentes, son aquellas que poseen identidad de acreedor y de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor. Es el caso de la responsabilidad del dueño y guardián de la cosa riesgosa productora de un daño con intervención activa (art. 1113, párr. 2° CC) y de la compañía de seguros que cubre ese riesgo, frente a la víctima del perjuicio (art. 118 Ley 17418) (ver, v. gr., Llambías, Jorge J. - Raffo Benegas, Patricio J. (Actualizador) en "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", ed. 2005, en Lexis N° 7007/005097 y con mucha anterioridad, v. gr., por Jorge Orlando Ramírez en "Indemnización de daños y perjuicios", ed. Hammurabi, 1983, t. I, pág. 68 p. d).

Las costas en ambas instancias pesan sobre las vencidas y se difiere la regulación de honorarios al

momento del acuerdo. Se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Silvia Noemí Alonso, no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a los agravios interpuestos por la parte actora N. F. C., en propio derecho y patrocinio letrado, contra la sentencia de fs. 305/307, que se revoca en todas sus partes.

2) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora N. F. C., hoy constituida en propio derecho, contra las codemandadas D. M. A., T. C. S.A. y citada en garantía M. R. D. S. d. T. P. d. P., esta en la medida del seguro, condenándolas solidariamente al pago, en plazo de 10 días, a favor de la parte actora de la suma de treinta y tres mil doscientos pesos ($33.200), con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, a partir del accidente.

3) Declarar carente de virtualidad el pronunciamiento respecto al recurso interpuesto a fs. 310/311.

4) Costas de la primera instancia y segunda instancia a las codemandadas y citada en garantía, esta con los alcances señalados.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. N.

J. M., M. A. P., A. F. F. L., conjuntamente en la suma de catorce mil pesos ($14.000), al Dr. N. A. D., en la suma de seis mil pesos ($6.000) y a la Dra. A. G. M. en la suma de cuatro mil pesos ($4.000), al Dr. O. Z. A., en la suma ocho mil pesos ($8.000), al Dr. M. H. P. D., en la suma de ocho mil pesos ($8.000) y al perito Médico Odontólogo en la suma de dos mil quinientos pesos ($2.500), con los restantes alcances de la instancia de grado.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. N. J. M., por el patrocinio letrado, en la suma de dos mil ochocientos pesos ($2.800) y al Dr. N. A. D. en dos mil quinientos pesos ($2.500), con más el impuesto que corresponda.

7) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 350/353.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"