--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., J. H. y otra c/ Municipalidad de TRELEW y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 665 - Año 2013 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 463. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por el codemandado T. y la citada en garantía a fs. 419, por el municipio codemandado a fs. 423 y por la actora a fs. 424, contra la sentencia de fs. 404/416, los que fueron concedidos a fs. 422 y 425. La sentencia apelada hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por J. H. V. y M. E. B. contra la Municipalidad de Trelew y J. A. T., condenando a estos últimos a que en el plazo de diez días abonen a los actores la suma de $ 174.000, con más intereses; imponiendo las costas a los demandados. Asimismo se hace extensiva la condena a la compañía aseguradora citada en garantía. ----------

----Las respectivas expresiones de agravios obran, a fs. 433/436 vta. la de los actores, a fs. 437/441 vta. la del municipio codemandado, y a fs. 443/448 la del codemandado T. y la aseguradora. Los pertinentes traslados fueron contestados por T. y la aseguradora a fs. 451/452, por la actora a fs. 453/458 vta., y por la municipalidad a fs. 459/460 vta..--

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios de las partes y las respectivas contestaciones a los mismos. ----------

----1) Los coactores se agravian, en primer lugar, de la decisión adoptada respecto al rubro valor vida, señalando que en la demanda detallaron que desde la niñez vivieron en la pobreza, que pudieron mantener a su familia con el trabajo de albañil de V., así como que sobreviven gracias a la ayuda estatal. Es así que consideran lógico presumir con alto grado de certeza que, en la vejez necesitarán de la asistencia material de los hijos, dado que la ancianidad excluirá a V. del circuito laboral, a lo que se suma que B. nunca trabajó, dedicándose a la crianza de los vástagos. Citan jurisprudencia de esta sala. Agregan que las consideraciones de la jueza acerca de que por la edad del hijo fallecido su vida carece de valor económico, sólo podría aceptarse en un entorno familiar de solvencia económica en el cual los padres tengan su subsistencia asegurada. Añaden que la esencia del rubro reclamado -pérdida de chance- no es susceptible de prueba certera, quedando sujeta a probabilidades, siendo un dato concluyente de dicha probabilidad la situación socioeconómica familiar.----------

----Como segundo agravio se quejan de la cuantía reconocida por daño moral, alegando que, más allá de que ningún bien material puede equipararse a la vida del hijo

muerto, la suma otorgada sería insuficiente para adquirir una vivienda en un barrio más céntrico, por lo que no podrán criar a sus hijos en un entorno más cómodo. Resaltan que hasta las indemnizaciones que se otorgan por incapacidades físicas son significativamente superiores, a cuyo fin cita distintos antecedentes jurisprudenciales, algunos de este Cuerpo. Refieren que la tristeza que imagina la jueza que sienten, no es mucha si puede ser mitigada con tan escasa suma, que a lo sumo les proporcionará un desahogo financiero pasajero pero no les permitirá modificar sustancialmente su modo de vida ya que el dinero no alcanza para encarar un modesto emprendimiento duradero. Culminan su presentación señalando que la naturaleza del derecho lesionado, ver crecer a su hijo y disfrutar de su presencia, amerita que se incremente el monto otorgado.----------

--- El codemandado T. y la citada en garantía, a través de su apoderado, contestan los agravios e indican que la queja respecto del rubro valor vida carece de sustento real lógico ya que se basa en una serie de hechos alegados que fueron negados por su parte y no probados. Concretamente se refieren a la circunstancia de vivir en la pobreza. Refieren que para la contraria la procedencia del rubro depende de una cuestión de ingresos y de escala social, lo cual considera un absurdo. Citan las consideraciones que explayaran al contestar demanda, concluyendo que el agravio no debe prosperar ya que lejos de atacar los argumentos del sentenciante desarrolla una lógica distinta que no es la elegida por la jueza. En cuanto a la cuantía del daño moral, entienden que la actora sólo exhibió disconformidad con lo decidido pero sin atacar los fundamentos de la sentencia, limitándose a expresar lo que no puede adquirir con el monto reconocido.----------

--- Por su parte en la contestación del municipio, sus letrados refirieron que el valor vida no es un valor indemnizable en sí mismo, destacando el acierto de la jueza en cuanto no existe pérdida de chance cuando se trata de un hijo que, por su edad, no desarrollaba un trabajo remunerado. Contradicen lo expuesto en los agravios en cuanto la condición socioeconómica modesta de los padres del menor fallecido no justifica una sobrevaloración del resarcimiento, máxime si se considera que los hijos de padres humildes encuentran mayores dificultades para insertarse laboralmente. Agregan que cualesquiera hubieran sido los futuros ingresos de la víctima, recién a los dieciocho años habría comenzado a trabajar y seguramente en algún momento habría formado su propio núcleo familiar al que destinaría la mayor parte de sus ingresos. Añade que no debe soslayarse que los actores cuentan con otros dos hijos aun menores, a quienes les incumbe igual obligación alimentaria que a la víctima del siniestro. En lo que respecta a la cuantía del daño moral, entienden que el monto reconocido tuvo en consideración la razonable repercusión que el hecho dañoso provocó en la vida de los actores, siendo una suma más que suficiente para dotar a los mismos de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue la tristeza. Destacan que una indemnización por daño moral no se vincula con lo económico sino con la intensidad del

dolor, juzgando irrazonable la pretensión de la actora de pretender obtener un resarcimiento de orden patrimonial en base a un daño conjetural en el espíritu de los actores.----------

----2) En cuanto a los agravios de los codemandados, la municipalidad se queja, primeramente de que la jueza hubiera descartado la pericia accidentológica, resaltando que se refirió a la misma de manera cuasi despectiva, lo que reitera al analizar el testimonio del licenciado F. Refiere que se ha olvidado que la pericia es un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos, por lo que por dichos motivos, el juez sólo puede apartarse de sus conclusiones por razones serias y elementos objetivos que lo justifiquen. Como segunda queja señala que la jueza se equivoca cuando descarta la pericia y toma, a fin de evaluar la mecánica del evento, la declaración de una sola testigo, desechando las de los restantes, por entender que se trata de la única testigo presencial, a pesar de que dicha declaración se contradice con el resto de la prueba obrante en las actuaciones. Añade que si bien no está prohibido sentenciar en base a un único testigo, debe exigirse una valoración más severa y con mayor rigor crítico, tratando de desentrañar su mérito o inconsistencia, citando jurisprudencia al efecto. De lo dicho entiende que la jueza se ha apartado de las reglas de la sana crítica por cuanto la declaración del testigo único no es idónea para crear la convicción del juez respecto a los hechos a que se refiere.----------

----Como tercer agravio indica que no ponderó la ruptura del nexo causal por la culpa de la víctima, destacando que el accidente tuvo lugar, de acuerdo a la pericia accidentológica, a 16,60 metros de la esquina y a dos metros de la acera, en momentos en que el menor cruzaba la calle ante la desatención de su madre, a lo que añade que el camión regador circulaba a escasa velocidad, entre 15 y 20 km./h.. Agrega que además ocurrió fuera de la senda peatonal, no siendo razonable suponer que alguien se iba a interponer en su marcha. Cuestiona que la jueza considerara como un mero antecedente necesario del daño que el pequeño A. estuviera jugando en la calzada, ya que la aparición sorpresiva del menor fuera de la senda peatonal, cruzando la calle solo y sin la asistencia de su madre, tornó a todas luces inevitable el contacto del camión con la víctima. Recuerda la jurisprudencia que tiene dicho que el peatón debe actuar con cuidado y prudencia, por lo que entiende que no resulta apropiada la jurisprudencia invocada por la jueza relativa al peatón distraído, concluyendo que el accidente se produjo por el propio actuar del menor. Seguidamente se objeta que no se ponderara la culpa “in vigilando” de la madre, señalando que del relato de la única testigo presencial surge claramente que la progenitora se encontraba sentada en los canteros existentes en la acera, mientras el niño de sólo dos años jugaba sin estar tomado de la mano de ella. De lo expuesto colige que existió un flagrante incumplimiento del deber de vigilancia de parte de la madre, citando jurisprudencia al efecto. Fundamenta el deber de custodia y resguardo del menor en los artículos 264 y 265 del C. Civil, el que obliga a los padres a una vigilancia activa. Es así que concluye en que ha mediado una ruptura

del nexo causal a que la progenitora reviste el carácter de tercera por quien los codemandados no tienen obligación de responder. Por último impugna la sobrevaloración que efectuó la juzgadora respecto de la confesión ficta del codemandado T., por cuanto la misma constituye una presunción *iuris tantum,* ya que si el resto de la prueba le resulta categóricamente favorable, la duda debe resolverse a favor del absolvente. Cita jurisprudencia en apoyo de su argumentación.----

--- Por su parte, el codemandado T. y la aseguradora, quienes se agravian del análisis de la mecánica del evento, indican que está acreditado que el camión circulaba a escasa velocidad, que la distancia entre el lugar del atropellamiento y la vereda es de 2,10 metros y de la bocacalle de 17,20 metros, así como que la madre del menor se encontraba sentada en el cantero sobre la vereda. Consideran que dicha reseña de datos debería bastar para el rechazo de la demanda. Arguyen que existió una errónea valoración de la prueba, comenzando por señalar que se desautorizó la pericia llevada a cabo en la causa penal, en base a conjeturas e interpretaciones que se fundan en la pretensión de arribar a una conclusión de antemano. Aluden que la jueza se pregunta cómo supo el experto que el niño se interpuso de manera imprevista en la línea de marcha del camión regador y cómo supo que se trató de un caso fortuito, cuando en ningún momento el perito hizo referencia al caso fortuito o a la imprevisión, sino que sólo describió la circunstancia fáctica de que el menor se interpuso en la marcha del camión, mas esto dio pie a que la sentenciante formule interrogantes que entiende superfluos e innecesarios, por cuanto en nada incide en el resultado de la pericia el peso del camión o la altura a la que se encontraba la cabeza del conductor. Agregan que como la testigo H. declaró que el accionado no pudo evitar el contacto físico con la víctima, la jueza infirió que T. no tuvo el pleno dominio del vehículo, a pesar de que el testimonio valorado se contradice con el croquis policial y las fotografías agregadas a la causa penal en cuanto a la inexistencia de rastros de frenada, a la ubicación del lugar del siniestro y a que el camión estaba cumpliendo con el servicio de riego. Con todo destaca que de la propia declaración de H. se desprende que los niños estaban jugando en la calzada y que los más grandes alcanzaron a subir a la vereda, no pudiendo estar el niño en dicho lugar, siendo los padres quienes debían adoptar las previsiones mínimas del caso. Refieren luego a la descalificación del testigo C., cuando se limitó a expresar que escuchó decir al padre del menor que éste se le había escapado a la madre. ----------

--- En otro agravio aluden a la adopción de la teoría de “peatón distraído” que asumió la juzgadora, a cuyo fin citan jurisprudencia contraria de la sala “A” de este Cuerpo. Agregan que no existe ninguna norma de la ley nacional de tránsito que establezca la prioridad de paso de los menores cuanto están jugando en la calzada, salvo que exista senda peatonal o zona peligrosa señalada como tal. Indican que según esa doctrina que critican la aparición de un peatón en la marcha de un rodado nunca será un imprevisto para el conductor, siendo éste responsable, advierta o no su presencia,

circule o no reglamentariamente. Es más, apuntan que en el decisorio se afirmó que aun en la hipótesis de que el menor hubiera irrumpido sobre la calzada en forma imprevista y sorpresiva, tal extremo comporta un riesgo común de la circulación que el conductor está obligado a neutralizar, previendo conductas imprudentes de los peatones. Asimismo se agravian de que la sentenciante considerara lo manifestado por el municipio en cuanto a que los niños estaban jugando en la vereda, por lo que concluyó que si el conductor observó la presencia de ellos y siguió avanzando, ello demostraría que obró con evidente negligencia. Destacan que el decisorio atribuye un hecho a su parte sobre la base de un reconocimiento efectuado por el municipio, cuando él jamás admitió haber advertido la presencia de los niños. Critican que la jueza hubiera razonado que no hay motivos para suponer que si la madre hubiera sostenido al pequeño el evento no habría ocurrido por cuanto es común que los niños jueguen en la calle. ----------

----Solicitan la aplicación de los intereses del Banco de la Nación Argentina con apoyo en jurisprudencia de la Sala “A” de este tribunal y lo dispuesto por el art. 565 del C. de Comercio. Por último cuestionan el monto de $ 80.000 reconocido en concepto de daño moral por ser exagerado. ----------

----La actora contesta los agravios de ambas partes demandadas, y comenzando por los del municipio señala que, en lo que respecta al descarte de la pericia accidentológica, las consideraciones de la sentenciante no han sido objeto de embate, más allá de entender que no hace falta ser un experto para advertir que la pericia carece de fundamentación científica por cuanto no se realizó ningún cálculo matemático o fórmula física. Agrega que se calculó la velocidad del camión sin aplicar ninguna tabla de coeficientes, no dando precisiones sobre las pruebas empíricas en las que se habría basado; así como que se alude a la “imprevista” inserción del menor en la calle no explicando cómo fue el movimiento que habría efectuado el menor. Expresa que el experto no tuvo en cuenta el croquis policial que determinó la distancia de las partes del camión respecto de la vereda, señalando que hay una diferencia de 30 cms. que posiblemente determinaron la muerte del pequeño A., siendo el acercamiento del vehículo al sector donde los chicos habrían estado jugando el factor determinante para el desenlace fatal. En cuanto a las declaraciones testimoniales entiende que basta un repaso de las de C. y H. para colegir lo antojadizo del agravio por tratarse de testigos de referencia. Amén de ello expresa que el agravio no conmueve las consideraciones de la jueza respecto del testimonio de H.. Con relación a la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima indica que el relato que intenta apuntalar el recurrente, y que no ha sido probado en el juicio, contrasta con la narración de la única testigo presencial, quien vio a los tres niños jugando en el cordón de la vereda y la calle sobre las piedras, agregando que siempre ve a chicos jugando así como gente que camina en la calle. De lo anterior deduce que no pudo haber sido sorpresiva, para T., la presencia de niños en esa arteria y con mayor razón si debía transitar por dicha zona debido a su trabajo

habitual. Considera que la apelante manifiesta una mera discordancia respecto a la culpa *in vigilando* que se enrostra a la madre, ya que dicha postura conduciría a buscar el nexo causal hasta el infinito, ya que señala que si la Sra. B. se hubiera quedado en su casa no se habría producido el accidente. Explica que el criterio sustentado por la contraria llevaría a hacer responsables a los padres por todo evento dañoso que sufran sus hijos menores y deslindar responsabilidades de terceros. Finalmente arguye que la queja respecto al valor probatorio de la confesión ficta está desprovisto de crítica, dado que el testimonio de H. abona las conclusiones que pueden extraerse de esa confesión, no existiendo otro elemento probatorio que contraríe la decisión de la jueza.----------

--- Respecto a los agravios expresados por el codemandado T. y la aseguradora, alude que el primero adolece de fundamentos, ya que se hacen referencias equivocadas a la pericia, en tanto el experto calificó de caso fortuito y de imprevista la aparición del menor en la calle, abordando una temática ajena a su especialidad. Asimismo indica que la apelante no leyó correctamente la sentencia en cuanto al examen de la prueba que en ella se efectuó. Añade que la contraria se esfuerza en encontrar contradicciones en el testimonio de H., sin embargo del mismo se desprende su espontaneidad y la marcada predisposición de la declarante para contestar, ampliar y explicar todas las preguntas formuladas. En cuanto a lo expuesto sobre la declaración de C. en nada afecta al decisorio. Seguidamente cita parte de un voto de un colega de la Sala “A” de este Cuerpo relativo a la “teoría del peatón distraído” para demostrar que el razonamiento allí expuesto fue soslayado por la contraria. Destaca que el derecho no puede estar desvinculado de la realidad, y ella nos enseña que en nuestra ciudad es común ver niños jugando en las calles de ripio o de tierra, así como adultos caminando por la calzada. En dicho escenario, continúa diciendo, deviene difícil reputar imprevisible la presencia de un niño en la calle. En cuanto a que se consideró lo manifestado por el municipio, expresa que se cuestiona una frase de los considerandos de la sentencia, sin demostrar que la supresión del párrafo en cuestión pudiere lograr cambiar el sentido de la resolución. Similar comentario desliza en cuanto a lo que la recurrente denomina “Hacia una nueva regla de derecho”. Con relación a la tasa de interés, manifiesta que el B. del C. S.A., a diferencia del Banco de la Nación Argentina, no es una entidad bancaria de fomento, sino que es un banco comercial. Por lo demás añade que si el acreedor puede recurrir a una u otra entidad en resguardo de su crédito, la lógica indica que se inclinará por aquella que le brinde una tasa de interés más alta. Agrega que el B. del C. S.A. es el banco local, por lo que la tasa que cobra es la que mejor se adecua a las condiciones económicas provinciales. Finalmente el agravio relativo al daño moral considera que debe ser declarado desierto por no apoyarse en ningún fundamento ni en ninguna comparación. ----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, trataré en primer lugar los recursos de las codemandadas en cuanto cuestionan el análisis de la mecánica del accidente, para luego, en su caso, examinar

los agravios de la actora y los del codemandado T. y la citada en garantía relativos al daño moral y a los intereses. ----------

----1) Dado que los agravios de ambas codemandadas versan sobre la mecánica del siniestro, resulta atinado un tratamiento conjunto de los mismos, sin perjuicio de que si en alguna porción existen elementos que sugieran un tratamiento diferenciado así se haga. Ya un primer elemento se denota en los primeros agravios del municipio accionado. El ayuntamiento recurrente señala como primera queja que la jueza descartó la pericia accidentológica y toda la pretensa crítica radica en expresar que la juzgadora realizó una serie de interrogantes, en forma cuasi despectiva, respecto de las conclusiones de la experticia y del testimonio del perito. A ello se agrega que el informe pericial es un análisis razonado con bases científicas, resaltando que el juez debe brindar razones muy fundadas para apartarse de la pericia y que cuando ésta aparece fundada en principios técnicos y no existen argumentos científicos de mayor valor que la desvirtúen, deben aceptarse las conclusiones del experto (ver fs. 437 vta./438). Al respecto, y sin juzgar sobre el acierto o no del razonamiento de la sentenciante, esta última consideró, entre otras razones, para apartarse de la pericia, que *"...basó su dictamen en las fotografías y planimetría que obran en la causa penal...; y, tales fotografías dan cuenta de una vista panorámica del lugar del hecho, posición del camión, de la cubierta delantera derecha del rodado con presencia de supuesta masa encefálica de la víctima y vista panorámica del cuerpito del menor en la vereda; por su parte, el croquis policial confeccionado por la Policía de la Provincia del Chubut y que se halla agregado a fs. 61 de las actuaciones penales establece la posición final del camión, canteros, resto de masa encefálica, cuerpo de la víctima en la vereda...Así los datos contenidos en el croquis citado fueron utilizados, por el perito, como sustento para determinar la velocidad del rodado establecida. Sin embargo, no aparece la velocidad del vehículo (entre los 15 a 20 km/h) como factor del evento, en tanto que, de acreditarse certeza absoluta a las opiniones del experto en este punto, ella se encuentra dentro de la tolerada. No resultando acreditado, ni se infiere del resultado de la experticia que el codemandado T. Ch. haya tenido el pleno dominio del vehículo toda vez que de la testimonial de la señora H. surge que el accionado no pudo evitar el contacto físico con la víctima"* (ver sentencia a fs. 408 "in fine"/vta., dos primeros párrafos).----------

----Es de hacer notar que la recurrente no se hace cargo del razonamiento de la juzgadora ya que se limita a indicar que examinó de manera despectiva la pericia y el testimonio del experto, así como que deben darse razones fundadas para apartarse de la experticia, mas no señala cuál fue el error de la juzgadora. Al respecto es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a

demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). ----------

--- Es así que postulo la deserción parcial de este agravio. Y lo mismo habré de proponer con relación al segundo agravio expresado por el municipio, dado que la apelante se restringe a indicar que si bien no rige el principio *testis unis, testis nullus,* en el caso de testigo único debe exigirse una valoración más severa, tratando de desentrañar su mérito o inconsistencia, señalando genéricamente que la jueza se ha apartado de las reglas de la sana crítica atento que la declaración del testigo único no es idónea para crear la convicción del juez sobre los hechos a que se refiere (ver fs. 438, dos últimos párrafos/vta., tres primeros párrafos). Es claro que la recurrente no se hace cargo de lo argumentado por la sentenciante respecto a la fuerza convictiva del testimonio de H. por tratarse de una testigo presencial, que respondió en forma veraz, dando razón de sus dichos (ver sentencia a fs. 409, 2do. párrafo). ----------

--- Si se tienen en cuenta los mismos fundamentos por los que tuve por desiertos los dos agravios examinados, arribo a la misma conclusión con relación al primer agravio del codemandado T. y la aseguradora. Es que se limitan a describir que está acreditada la velocidad del vehículo, el sentido de circulación y la distancia entre el lugar del atropellamiento y de la vereda y de la bocacalle, así como la ubicación de la madre. Y agregan que esto debería bastar para provocar el rechazo de la demanda y que es evidente que la jueza ha fracasado en apartarse de la circunstancia de que se trata de un accidente que originó la muerte de un niño (ver fs. 443/vta., 1er. párrafo). Como se advierte no se desliza ninguna crítica a la fundamentación brindada en la sentencia. Es por ello que concluyo en la deserción parcial de los dos primeros agravios que formulara la comuna codemandada y del primer agravio del codemandado T. y la aseguradora. ----------

----2) Dicho lo anterior, entiendo que resulta conveniente, dada la conexidad existente, analizar el resto de los agravios de ambas codemandadas de manera conjunta. Para llevar a cabo dicho análisis, encuentro útil reseñar los argumentos dirimentes por los cuales la juzgadora de origen consideró que la exclusiva responsabilidad del evento recaía en los demandados y confrontarlos con las críticas vertidas por los recurrentes. Es de destacar que la jueza “a quo” no desmereció por completo la experticia, sino que expresamente dijo *“...he de apartarme parcialmente de la pericia accidentológica...por ausencia de clare loqui”,* y citando al experto en cuanto dijo que el presente caso se trata de un hecho fortuito y que la conducta principal por la cual acaece el evento fue la imprevista inserción del menor en la calle, continuó diciendo *“...¿cómo supo, el señor perito, que A. J. de manera imprevista se interpuso en la línea de marcha del camión “regador”? ¿Cómo supo, el experto, que se trató de un caso fortuito? El perito se redujo, pues, a emitir su concepto, sin explicar las razones (solo refiere a la escasa velocidad de circulación del camión y que lo hacía por su carril) que lo condujeron a esas conclusiones”* (ver sentencia a fs. 407 vta., anteúltimo párrafo). Luego pasó a considerar las explicaciones de la pericia que en prueba testimonial rindió el experto refiriendo que los elementos que tuvo en cuenta principalmente fueron las fotografías y planimetría del personal de la policía que obran a fs. 54/62 de la causa penal, añadiendo que no recuerda que efectuara pruebas de frenado con el rodado, como que no tenía presente el peso del camión y que la velocidad se infiere en forma aproximada por comparación de anteriores ensayos, pero aclaró que no realizó las tareas descriptas con el vehículo involucrado (ver sentencia a fs. 408, 2do. párrafo). Esto se corrobora con las respuestas brindadas en la declaración testimonial de fs. 280/281 (ver respuestas tercera, sexta, séptima, octava, novena, décima, décimo primera, décimo cuarta y décimo novena). ----------

----En base a la pericia y a las explicaciones del experto es que la juzgadora formuló las preguntas que trascienden su razonable duda acerca de ¿cómo estableció, es decir con qué fundamentos arribó el perito a la conclusión de que la aparición del menor víctima en la marcha del camión fue imprevista o importó un caso fortuito? (ver sentencia a fs. 407 vta., anteúltimo párrafo). Si se analiza la pericia obrante a fs. 42/47 de la causa penal caratulada como “Caso xxx”, que tengo a la vista, surge de la misma que el perito dedujo del croquis ilustrativo del informe técnico y de las fotografías que anteceden, que al no existir huellas de frenada, la velocidad del camión era escasa (ver fs. 45, pto. IV y fotografías de fs. 56/58 y croquis de fs. 61 de la causa penal). Seguidamente el perito indica que el camión regador, que circulaba por la calle P., luego de trasponer la avenida C., unos 16,60 metros después de la bocacalle embistió y aplastó con su cubierta anterior derecha al menor A. J. V., lo que ocurrió a unos 2,10 metros del lateral derecho, esto es de la vereda, aclarando que la prioridad en ese lugar es para quien circula por la calzada (ver fs. 45/46, pto. Mecánica del Accidente, de la causa penal). En cuanto a la etiología del accidente indica que la causa primaria fue la conducta del

menor que se interpuso en la marcha del camión que circulaba a escasa velocidad por su carril y distante a más de dos metros de la acera; y respecto de la evitabilidad física señala que se trata de un hecho fortuito, dado que el camión circulaba en forma reglamentaria a baja velocidad ya que se detiene inmediatamente luego del embestimiento y que la conducta principal por la que se desarrolla el siniestro fue la imprevista inserción del menor en la calle (ver fs. 46/47 de la causa penal). Todo esto es resumido en las conclusiones, donde se precisó que la velocidad del camión era de 15 a 20 km./h. (ver fs. 47, pto. IV de la causa penal).----------

--- Luego de reseñar la pericia encuentro totalmente compatible la duda que asaltó a la jueza de grado en cuanto a cómo determinó el perito que la inserción del menor en la marcha del camión fue imprevista, ya que ello sólo pudo saberlo a partir de algún testimonio o relato de las partes corroborado por un testimonio. Es que el perito realizó operaciones que lo llevaron a establecer que el camión circulaba a una velocidad de 15 a 20 km./h. y que el embestimiento se produjo a unos 17 metros aproximadamente de la bocacalle y que la distancia de la acera iba desde los 2,40 metros en la parte posterior del camión a unos 2,10 metros en la parte delantera con la que se atropelló al pequeño (ver además croquis de fs. 61 de la causa penal). Pero de la reseña del perito de las operaciones que efectuara no se deduce cómo pudo establecer que la aparición del menor fue imprevista y menos aún de que se trató de un hecho fortuito, calificación de índole jurídica que excede, evidentemente, la ciencia del experto. Al respecto cabe recordar que el juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (conf. CN. Civ., Sala B, 19/7/79, ED, 85-709; íd., SalD, 14/2/80, LL, 1980-B-143; íd., Sala E, 19/8/82, LL, 1983-A-472; entre otros). En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto. En todos los supuestos fundará su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe, concluyendo fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. CN. Civ., Sala D, 28/9/78, BCNCivil, 1978-VI-245, sum. 388). Y se ha dicho que, por esta razones, el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de declaraciones de testigos (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 2, págs. 522/523).----------

----Esto último parecería darle la razón a los codemandados apelantes, pero nótese que la pericia prevalece sobre los testimonios en cuanto a las cuestiones técnicas, pero la aparición imprevista del menor en la marcha del camión no se trata de una cuestión

técnica, sino de un hecho, que en todo caso el experto podría deducir de los datos que recogiera en la experticia, lo que no explicita en su dictamen, y en este aspecto es donde el razonamiento de la jueza resulta correcto, ya que resulta evidente la falta de claridad de la pericia sobre cómo se arriba a tal conclusión (ver sentencia a fs. 407 vta., anteúltimo párrafo). Es más, la aparición del menor de manera imprevista debió haber producido una reacción del conductor que se debía reflejar en algún rastro de frenada, lo que no fue constatado en la pericia. Esto da por tierra con los cuestionamientos del codemandado T. y la aseguradora en cuanto critican a la sentenciante por no haberse atenido a la experticia (ver fs. 443 vta./444), ya que el experto no aclara cómo arriba a la conclusión de que el menor se presentó imprevistamente en la marcha del camión. ---

----Sentado lo anterior, el análisis de la ruptura del nexo causal por el hecho del menor víctima o de la culpa “in vigilando” de la madre que da contenido a los agravios tercero y cuarto del municipio (ver fs. 438 vta./440 vta.) conduce a analizar la valoración que hiciera la jueza de la prueba testimonial, lo que a su vez es materia de agravio por parte de T. y la citada en garantía (ver fs. 444 vta./445 vta.). Sobre este punto cabe expresar que no hay cuestionamiento a que la testigo H. es la único testigo presencial y con relación al testigo C., resulta intrascendente lo expuesto en la expresión de agravios de T. y la aseguradora a fs. 445/vta., pto. 4), dado que más allá de que haya sido cierto que el coactor V. le haya dicho al testigo que el menor “se le escapó” a la madre (ver fs. 291, respuestas séptima a novena), ello no le quita al declarante la condición de ser un testigo “de oídas”. Y respecto a esta condición es sabido que el testigo de referencia o testigo “de oídas” no es realidad un testigo, porque no ha captado el hecho sobre el que depone por vía de sus sentidos (conf. Falcón, Enrique: “Tratado de la prueba”, Ed. Astrea, 2003, Tº 2, pág. 377). En realidad, C. es testigo directo de lo que escuchó decir a V. pero no fue testigo directo del hecho del accidente, por lo que su testimonio resulta sumamente débil a fin de probar la mecánica del evento. Lo mismo cabe considerar del testigo H. (ver fs. 293), quien también es testigo de referencia. Y otro tanto cabe decir respecto a la confesión ficta de T. cuya importancia probatoria objeta el municipio (ver fs. 440 vta. “in fine”/441). Es que la sentenciante tuvo en cuenta la misma a los meros efectos de corroborar la declaración de H. -la testigo presencial- (ver sentencia a fs. 409 vta., anteúltimo párrafo), por lo que no le asignó una fuerza convictiva primaria. ----------

----Todo lo anterior conduce a concluir que la suerte de los agravios de los codemandados está unida a la consideración del testimonio de H.. Este testimonio es puesto en jaque por el coaccionado T. y la aseguradora por resultar contradictorio con el croquis policial y las fotografías agregadas a la causa penal, puntualizando esta contradicción en que el lugar del embestimiento fue a 2,10 metros de la vereda, es decir en la calzada y que el camión estaba regando (ver fs. 444 vta., dos últimos párrafos). Sin embargo, seguidamente se menciona que la testigo admite que en realidad los chicos estaban jugando en la calzada, dado que expresó que los dos mayores alcanzaron a subir a la vereda cuando dobla el camión, mientras que el más chiquito no

lo logró con lo cual da por acreditado que fue atropellado en la calle (ver fs. 445, dos primeros párrafos). Es así que se llega a la conclusión de que no se cuestiona el testimonio de H. sino la valoración que del mismo hizo la jueza. Lo expuesto con relación a que los hermanos más grandes lograron llegar a la acera y el más pequeño no, surge del relato de la testigo (ver fs. 283, respuesta quinta), aclarando expresamente que estaban jugando en la calle (ver respuesta sexta).----------

--- Establecido lo sustancial del testimonio de H., habré de calificar nuevamente como correcto el razonamiento de la jueza en cuanto a que la confesión ficta de T. corrobora dicha declaración, ya que si el accidente ocurrió a unos 17 metros de la bocacalle, en la que dobló el camión proveniente de la avenida C., y si los chicos estaban jugando en la calle, es claro que T., que circulaba a velocidad moderada, si hubiera estado atento a las circunstancias del tránsito, habría podido frenar y evitar el accidente. Es cierto que el menor estaba jugando en un lugar donde no debía hacerlo, ya que la ley 24449 (conf. adhesión ordenanza 5490/96) en su art. 38 establece que los peatones transitarán en zona urbana, únicamente por la acera u otros espacios habilitados a ese fin, en las intersecciones por la senda peatonal y excepcionalmente por la calzada sólo para ascenso y descenso de pasajeros. Ahora bien, el interrogante a formularse es si la ubicación antirreglamentaria del menor víctima resulta un hecho que interrumpe el nexo causal en los términos del art. 1111 del C. Civil como lo plantea el municipio en su tercer agravio (ver fs. 438 vta./439 vta.). Es que debe considerarse también que no basta que el conductor haya respetado la velocidad reglamentaria (40 km./h., conf. art. 51, inc. a.1 de la ley 24449), ya que el conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación (conf. art. 50 de la ley 24449). A ello debe añadirse que en la vía pública, los conductores deben circular, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito (conf. art. 39, inc. b) de la ley 24449); no debiéndose olvidar que el peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito (conf. art. 64, último párrafo). ----------

--- Con relación al hecho de la víctima como eximente de responsabilidad en los términos de los arts. 1111 y 1113, 2do. párrafo del C. Civil, tengo dicho en el antecedente de esta Sala “B”, SDC Nº 05/12, del 05/03/12, que se ha sostenido que la interrupción total del nexo causal y el funcionamiento a pleno de la eximente del artículo 1113 del Código Civil, ha de hallarse en aquellos supuestos en que la aparición del peatón ante la línea de marcha del automotor tiene todas las características del hecho súbito e imprevisible que impide o no deja margen de tiempo al conductor para realizar maniobra elusiva o intentar el frenaje de su máquina en tiempo adecuado como para evitar la colisión (conf. Cám. Civ. y Com. de La Plata, sala 3 era., 211.172, R.S.D. 113-

92 S, 12/5/92, in re: “Morales, Crespo c/ Zárate, J. s/ daños y perjuicios”, cit. en “Revista de Derecho de Daños. Accidentes de tránsito-I”, Rubinzal-Culzoni Editores, pág.350). Es decir que para que la eximente de hecho de la víctima opere de manera exclusiva, el mismo debe adquirir los caracteres de imprevisible e irresistible. Y concretamente se decidió que en mérito a que el peatón intentó cruzar una avenida de gran circulación por sitio inadecuado y que el automovilista, como guardián de la cosa riesgosa, en lugar de concentración de líneas de colectivos y automóviles de alquiler, no pudo evitar embestirlo cabe concluir en que ambas partes contribuyeron al acaecimiento del hecho ilícito. Por lo que, en atención a la circunstancia de tiempo, lugar y modo del accidente, es menester reducir la responsabilidad del demandado-automovilista en un 30% (conf. Cám. Civ. y Com. de La Plata, sala 2da., B. 67.184, R.S.D. 200-89 S, 29/8/89, in re: “Cabrera, Adelaida c/ Ohan Gustavo s/ daños y perjuicios”, cit. en Revista de Derechos de Daños, op. cit., ídem, págs. 348/349). Y en otro antecedente pertinente se consideró que la circunstancia de circular a una velocidad menor de lo autorizado no exime al conductor de responsabilidad si, pese a haber comprobado la existencia de menores jugando en la calle, no pudo evitar el embestimiento. La aparición irregular del menor, si bien lleva a concluir que el hecho se produjo en gran medida por la conducta de la propia víctima, no alcanza a liberar al embistente, pues, si no pudo evitar el accidente, es porque circulaba sin conservar el más absoluto dominio del vehículo, ni observar el máximo de atención y prudencia que las normas del tránsito imponen (conf. CN. Civ., Sala A, 8/7/97, in re: “Pereyra, Manuel E. y otro c/ Lahitte, María C.”, cit. en “Revista de Derecho de Daños. Menor dañino y menor dañado”, 2002-2, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 357). ----------

----En la especie, no se ha probado que la aparición del menor en la calzada hubiera sido imprevista y repentina -ya se ha dicho que el experto no explicó cómo arribó a dicha afirmación-, sino que de la declaración de H. se desprende lo contrario, dado que los menores estaban jugando en la calle y que los más grandes tuvieron tiempo de alcanzar la vereda, por lo que el conductor tuvo tiempo suficiente para divisarlos luego de doblar en la esquina. Sin embargo no los vio, ya que eso es lo que surge de su contestación de demanda (ver fs. 118 vta., pto. 4, 2do. párrafo). Esto sólo se explica a partir de una desatención del conductor ya que de lo contrario, teniendo en cuenta que circulaba a una velocidad moderada, podría haber frenado o esquivado al pequeño. Es por ello que cabe rechazar lo argumentado en los agravios respecto a que la conducta del menor importó una ruptura del nexo causal.----------

----En lo relativo a la culpa *in vigilando* de la madre, es claro que ésta tampoco estuvo atenta, ya que estaba sentada en los canteros ubicados frente o a pocos metros del lugar donde estaban jugando sus hijos (ver demanda a fs. 70, anteúltimo párrafo y croquis de fs. 61 de la causa penal). La sentenciante argumentó, a fin de desestimar la conducta de la madre como eximente, que la misma sólo importa responsabilidad respecto a los daños causados por sus hijos menores a terceros, pero no es una causal

de exoneración de la responsabilidad de quien ha dañado al menor (ver sentencia a fs. 411 “in fine”/vta., 1er. párrafo). En otro antecedente de esta Sala “B” (SDC Nº 12/11, del 30/08/11) sostuve una postura contraria a la expuesta por la colega de primera instancia. En el precedente indicado, se trató de la negligencia de la madre de un menor que murió ahogado en un canal de riego, y el juez de grado había encuadrado la conducta de la progenitora bajo la norma del art. 1111 del C. Civil, es decir hecho de la víctima. Con sentido amplio, en la medida en que la progenitora actora es víctima indirecta, se podía señalar como correcto el mentado encuadre. No obstante ello se entiende que el art. 1111 del C. Civil se refiere al hecho de la víctima directa, ya que en este supuesto se confunde la persona del agente dañador con la del damnificado directo dañado; de hecho si ocurre la muerte del damnificado directo, a los damnificados indirectos se les puede oponer el hecho de la víctima, ya que el daño personal se produce por rebote, y sostener una postura contraria sería colocar a los herederos en mejores condiciones que a la propia víctima en el caso de lesiones (ver Sagarna, Fernando, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 417 y 438). Ahora bien, lo enrostrado por el juzgador de grado había sido una conducta negligente a la madre actora -en la especie sería la madre coactora-, no al menor víctima directa. Es por ello que entendí que, en virtud del principio *iura novit curia* dicha conducta resulta, en todo caso, una eximente -en este caso parcial- ya que se trataría del hecho de un tercero por quien no debe responder la demandada (conf. art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil). Y obviamente como el tercero era la propia actora, ésta debe “perjudicarse” con su accionar, disminuyendo la responsabilidad de la accionada frente a ella. Efectúo esta aclaración puesto que si el hecho fuera de un tercero distinto a la actora, la demandada frente a ésta debería responder por el total, sin perjuicio de la acción regresiva que le cupiera (conf. Pizarro, Ramón en Bueres-Highton, op. cit., Tº3 A, pág. 574). ----------

--- Con relación a esta eximente, cabe recordar que, en primer lugar debe tratarse de un tercero por quien el demandado no deba responder, lo que no se presentaría en el caso de dependientes, personas que entran en contacto con la cosa por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, este último respecto del dueño, aquellos por los que se debe responder legalmente, o terceros que el obligado hubiere introducido para la ejecución de la obligación. El demandado debe probar el hecho del tercero, debe tener incidencia causal en la producción del resultado, sea en forma exclusiva o concurrente (conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 571/572). En cuanto a si debe existir culpa del tercero, se ha sostenido que el mero hecho de éste, desprovisto de culpabilidad, puede tener idoneidad suficiente para provocar la ruptura del nexo causal que debe existir entre la conducta del demandado y el daño que se le atribuye presuntivamente. La cuestión queda emplazada en el ámbito de la autoría y no en el de la imputabilidad, basta el mero hecho para que se configure la eximente (conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 572/573). Ahora bien, ello no importa que dicho hecho no pueda ser calificado subjetivamente como negligente, ya que el art.

1113 se refiere a la conducta -de la víctima o de un tercero- sin ningún tipo de connotación subjetiva, no es computable la intención motivante de la conducta ya que la norma se satisface con menos, pues le basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (conf. SJCBA, Ac. 85.684, 28/7/2004, Juba B26654). Es decir que para tener por probada la eximente la norma se contenta con menos que la culpa o la intención motivante de la conducta, basta con que se interprete que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (conf. SCJBA, Ac. 84.442, 18/6/2003); mas ello no implica que la conducta en cuestión no pueda ser calificada de negligente. ----------

----Cabe señalar que existen antecedentes de casos análogos en los cuales sí se consideró relevante en la causación del daño a la conducta negligente de los padres. Así se sostuvo que la madre del menor que falleció al caer en la pileta, al relatar cómo lo perdió de vista, explicó que fue porque creyó en la información de su hijo mayor que dijo que se hallaba detrás del galpón, que esta información errónea reviste la categoría de hecho defectuoso originante de la ruptura del nexo causal (conf. C.Civ. y Com. Pergamino, 30/8/96, LLBA 1997-1177). También se decidió que corresponde atribuir a los padres el 50% de responsabilidad por la muerte de un hijo al caer en una cava de más de tres metros de profundidad con bordes resbaladizos, cuando intentaba arrojar basura, pues es de notoria imprudencia enviar a un niño de noche y sin control alguno y conociendo que a la cava se arrojaba basura (conf. C. Civ. y Com. Azul, sala I, 30/11/99, LLBA 2000-460). En el mismo sentido, y respecto a accidentes de tránsito, como en el caso en examen, se decidió que corresponde declarar la responsabilidad compartida de los progenitores que han descuidado a sus hijos menores carentes de discernimiento -cuando éstos cruzan solos las arterias de tránsito vehicular- como eximente parcial de la responsabilidad objetiva que la ley impone al titular y al guardián de un automotor que los embiste (conf. C. Civ. y Com. Morón, sala II, 16/2/95, cit. en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-2, “Menor dañino y menor dañado”, pág. 390); así como que el cruce de un menor por la mitad de la calzada no sólo demuestra un palmario incumplimiento de la ley sino que constituye un obrar censurable en función de los riesgos que ello importa imponiendo en la emergencia responsabilizar a sus padres con fundamento en la culposa falta de vigilancia o educación sobre el mismo que evidencian el incumplimiento de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad (conf. C. Apel. de Concordia, Sala Civ. y Com., 24/8/01, cit. en Revista de Derecho Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, “Eximentes de responsabilidad I”, pág. 518).----------

--- A la luz de lo expuesto, en el antecedente citado de esta Sala “B”, el juzgador de origen atribuyó un 50% a la madre por lo que en ello se redujo la responsabilidad de la comuna y en puridad no hubo agravio en concreto frente a dicha atribución, más allá que coincidí en la incidencia de la conducta negligente de la progenitora en la causación del daño. Sin embargo entiendo que existe una diferencia sustantiva que está dada por

la circunstancia de que en el precedente mencionado el menor murió ahogado en un canal de riego frente al cual vivía la madre y ésta no tomó las precauciones para que el niño no se alejara de la casa y cayera en el canal donde se había trasladado solo. En la especie no estamos frente a una cosa inerte y riesgosa, como un canal, sino frente a un rodado conducido por una persona que bien pudo haber evitado el accidente si hubiera estado atento a las circunstancias del tránsito. Ante dicha circunstancia, la desatención de la madre adquiere las características de mera condición y no de concausa. Es que aun ante la conducta desatenta de la madre, el siniestro se habría evitado si el conductor codemandado hubiera prestado atención a las circunstancias del tránsito y necesariamente debía haber advertido la presencia del menor. Resulta notable que la inadvertencia del conductor fue total ya que ni siquiera se evidenció la realización de alguna maniobra elusiva a partir de la posición del camión, por el contrario, la parte delantera del mismo estaba más cercana a la vereda. Es sintomático que en la contestación de la demanda ni siquiera se mencionara haber advertido la presencia de los otros dos hermanos que habían logrado alcanzar la vereda, ni la madre que estaba sentada en el cantero sobre la acera (ver fs. 118 vta., pto. 4), lo cual importa que T. no miró hacia su derecha, o al menos no lo hizo con la debida atención que las circunstancias ameritaban. Cabe tener presente que de acuerdo a la teoría de la causa adecuada no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio. Por ello, todas las demás condiciones son periféricas y, por tanto, irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Según esta teoría se ha sostenido que la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar. La causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado. Solamente es causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Ed. Depalma, 1993, págs. 223/224). ----------

--- En virtud de lo razonado, reitero, la conducta negligente de la madre operó, en todo caso, como una condición pero no como causa adecuada o concausa, siendo ésta la conducta desarrollada por T. la que se suma al riesgo que importa el camión en movimiento. Es por ello que propongo el rechazo de los agravios de ambos codemandados referidos a la mecánica del accidente. Añadiré que con lo argumentado devienen vacíos de contenido los agravios del codemandado T. y la aseguradora relativos a que se adoptó la teoría del peatón distraído, a las manifestaciones del

municipio y que la sentencia conduce hacia una nueva regla del derecho (ver fs. 445 vta./447 vta.), dado que los mismos tienden a justificar la liberación del conductor del camión mediante la invocación de las conductas del menor víctima y de la madre como eximentes totales de responsabilidad, lo que ya fuera objeto de análisis en los anteriores párrafos. Resta agregar que lo que pudo haber manifestado el municipio respecto a que los niños estaban en la vereda resulta intrascendente, ya que el hecho de que estuvieran en la calzada, y el menor fallecido lo estaba, no hace más que revelar la imprudencia de T..----------

----En síntesis, por todo lo expuesto propongo al acuerdo el rechazo de los recursos de ambos codemandados relativos a la mecánica del accidente. ----------

----3) La actora se queja, en primer lugar, de que se rechazara lo que denomina el rubro valor vida, que en la sentencia se examinó correctamente como pérdida de chance (ver sentencia a fs. 411 vta./412 vta., pto. VI, a). La juzgadora argumentó, de manera dirimente, que *“La chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma aun con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad...Cuando ello no es posible, la chance perdida no es indemnizable. El reconocimiento de un resarcimiento por chance perdida no puede implicar hacer tabla rasa con la exigencia de certeza del daño y con la limitación de imputación de las consecuencias remotas, ambos parámetros vigentes en nuestro derecho, a tenor de los arts. 1067 y 906 CC...La chance de ayuda futura de un hijo a un padre padece -cualquiera sea la madurez del joven occiso- una serie de aleas, que no pueden obviarse. Cuanto menor es el niño, mayor es el alea así, esta posibilidad de ayuda resulta cada vez más remota, por lo que llega a un punto en que el daño no es cierto y ni siquiera futuro, sino puramente eventual e hipotético y por lo tanto no indemnizable”* (ver sentencia a fs. 412, último párrafo/vta., dos primeros párrafos). -------

----La apelante, luego de citar parcialmente un voto del Dr. Lucero, destaca que el grupo familiar es de condición humilde, considerando lógico presumir con alto grado de certeza que, en la vejez, los actores necesiten de la asistencia material de sus hijos. A ello añaden que las consideraciones y conclusión de la jueza sólo podría aceptarse en un entorno familiar de solvencia económica, y que el rubro reclamado no es susceptible de prueba certera, configurando la situación socioeconómica familiar un dato concluyente sobre el grado de probabilidad que habilita la procedencia de la indemnización (ver fs. 433 vta./434 vta., pto. II, A). En lo que se refiere a la cita del voto del Dr. Lucero, la misma corresponde al antecedente de esta Sala “B”, SDC Nº 06/04, del 17/03/04, y en dicho voto y en la cita que del mismo se hace, surge que el colega mencionado consideró expresamente que *“...sólo la frustración de una “chance” ha de tener andamiento, en la medida que se frustró la posible ayuda económica que pudieran recibir del hijo fallecido en el futuro. Aunque, claro que ello se encuentra condicionado a un mínimo de certeza -probabilidad- del perjuicio alegado. Habida cuenta de ello, es*

indispensable la aportación de elementos de los que puede inducirse la esperanza de ayuda económica alejándola de una mera hipótesis o conjetura que se pudiere ensayar sin apoyatura en una situación objetiva ya dada y acreditada que le dé sustento". Y concretamente en el caso citado se tuvo en cuenta que el menor fallecido contaba, al momento del deceso, con 16 años, cursaba el nivel medio y practicaba deportes. Estos datos fueron valorados por el colega citado, por lo que razonó que *"Todo ello denota que se encontraba próximo a egresar del nivel educativo medio, que en ese entonces culminaba con el 5to. año del secundario...que arroja una posibilidad cierta de próxima inserción en el mercado laboral o mejor aún, su incorporación al sistema universitario que potenciaría sus posibilidades productivas o de ganancia futura aún más...Estos datos permiten aseverar que si bien los padres no contaban al tiempo del fallecimiento de su hijo de una expectativa de realización actual, sí contaban con un interés actual en mantener la expectativa o esperanza que como proyección de vida razonablemente le generaba las condiciones personales de C. Y esto permite hablar hoy de una probabilidad tronchada y por ende resarcible a título de pérdida de chance".*----------

--- Como se puede apreciar el antecedente citado por la apelante resulta claramente diverso al presente, ya que se trataba de un adolescente próximo a culminar sus estudios secundarios, por lo que la probabilidad de que continuase su educación en un nivel universitario o que se incorporase al mercado laboral era probable. Sin embargo, en el "sub lite", el menor contaba con sólo dos años, por lo que no se presenta dicha probabilidad. Este Cuerpo se ha expedido sobre esta cuestión señalando que *"a cargo de la demandante estaba entonces demostrar que a resultas del fallecimiento de su hijo sufrió un daño cierto en su patrimonio...La vida humana no tiene valor económico "per se", sino en consideración a lo que produce o puede producir, y lo que elípticamente es llamado valoración de esa vida no significa en rigor más que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esa fuente de ingresos se extinguió. Tal lo ha declarado hace escaso tiempo la Corte Suprema Nacional, poniendo fin a una controversia extendida por años en la jurisprudencia de nuestros tribunales (in re: "F. c/ Ballejos", LL diario del 10/12/93, p. 5 y ss., f. 91827)"* (conf. CANE, 27/6/94 in re: "I. c/ M. s/ daños y perjuicios", Expte.: 10945, f. 476, año 1993, CANE). En la misma línea de pensamiento se agrega que *"no es posible apoyar la pretensión de resarcimiento en la expectativa de ayuda que el hijo podría dar a la madre en lo futuro, toda vez que esa esperanza no encuadra en el concepto de daño cierto, ni puede contabilizársele como una "chance" sino se justifica...que la víctima estaba en condiciones objetivas de lograr beneficios económicos en un tiempo más o menos cercano...Las expectativas futuras del menor para con la actora, la probabilidad de su ayuda a ella en un lapso más o menos cercano, no parece así lo bastante fundada como para indemnizar su frustración a título de "chance"* (conf. CANE, ídem).----------

----Dado que se trata de un menor de dos años, por ende no existía una probabilidad

cierta basada en datos objetivos de que el mismo se desempeñara laboralmente en un lapso cercano de tiempo, de acuerdo a dicho antecedente, por lo que reclamo no puede prosperar. Ello sin perjuicio de reconocer la existencia de antecedentes de otros tribunales que consideran procedente el reclamo.----------

----En síntesis de lo expuesto es que habré de proponer el rechazo de este agravio.-----

----4) El segundo agravio de los actores se endereza a cuestionar la cuantía reconocida en concepto de daño moral, la que se determinó en $ 80.000 a cada uno de los progenitores. Los recurrentes consideran escaso el monto otorgado, para lo cual citan diversos antecedentes jurisprudenciales (ver fs. 434 vta./436, pto. II, B). Por su parte el codemandado T. y la citada en garantía consideran que la suma referida es excesiva y exagerada, no ajustada a los precedentes del foro de los montos de condena (ver fs. 447 vta., pto. 9), precedentes que no citan. Respecto a este último agravio se impone que se declare la deserción parcial del recurso, ya que las quejosas se limitan a considerar el monto reconocido como excesivo y que no se ajusta a otros precedentes jurisprudenciales mas ni siquiera los citan. Es así que cabe recordar que carece de contenido la expresión de agravios que se limita a calificar de “elevadísima” la condena fijada (conf. CN. Civ., Sala C, 22/4/81, LL, 1981-D-447). Consecuentemente postulo la deserción parcial del recurso del codemandado T. y la aseguradora en lo que se refiere a este agravio, por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del CPCC).----------

----En cuanto al agravio de los actores, en relación al “quantum” del daño moral he sostenido en otro antecedente (CATrelew, Sala SDC Nº 09/11, del 03/08/11), que la prestación indemnizatoria representa un valor económico, el cual debe mantenerse inalterado hasta la oportunidad en que se paga. El nudo de interés radica en el poder adquisitivo de dicha prestación, y repercute mediatamente en la cantidad de moneda para satisfacerlo; ésta puede y debe modificarse si es necesario para preservar la intangibilidad de aquél. Incluso y aun cuando no se suscite un problema *stricto sensu* de reajuste de una cantidad pretérita, los tribunales toman en cuenta fenómenos económicos previos que aminoran el valor de la moneda, a fin de fijar la indemnización a otro actual a la fecha del pago y no simplemente coetáneo al momento en que el perjuicio se produjo. Así se ha entendido que si bien la cuantificación del daño moral es función del sentenciante, puede ser revisada para procurar la fijación de indemnizaciones justas, no insuficientes ni excesivas. Para tomar tal decisión, no puede dejar de considerarse, además de la magnitud del daño ocasionado, el cambio de valor de nuestra moneda producido a comienzos del año 2002 y el tiempo transcurrido desde el momento del hecho, sin que ello implique un castigo sino un medio de lograr que la indemnización sea lo más integral posible (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 361). En el precedente mencionado (SDC Nº 09/11), entendí que procedía incrementar los montos reconocidos a la suma de ($ 75.000) para cada uno de los padres. En otro antecedente (conf. CATrelew, Sala “B”, SDC Nº 02/12, del 01/02/12), donde se trató de la muerte de un hijo de alrededor de veinte años, se hizo mérito de la circunstancia de

que el occiso era hijo único y que los actores habían debido recurrir a tratamiento psicológico. En el mismo consideré que es incuestionable la lesión de las legítimas afecciones de los padres, y el consiguiente daño moral resarcible, que derivan de la muerte abrupta de un hijo a raíz de un suceso que obliga a otro a responder. Desde un punto de vista sustancial, resulta inimaginable procurar la explicación de un padecimiento semejante -quizás el más duro que pueda enfrentarse- porque no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor. Es que, al decir de Mosset Iturraspe, la vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de vida. Ante el homicidio del hijo, el sufrimiento tiene una dual proyección: ante todo, el progenitor padece por lo que aquél mismo ha perdido, al no poder seguir gozando de la vida; además, por lo que pierde personalmente con la extinción del hijo (conf. Zavala de González, Matilde: “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 1996, Tº 2 b, págs. 275/276).----------

--- Reitero que en el caso que cito se trataba de un hijo único y que los padres acreditaron que debieron recurrir a un tratamiento psicológico, y se reconoció a cada progenitor la suma de $ 100.000 por este concepto. En la especie está probada la existencia de al menos otros dos hijos, y en el decisorio se reconoció el rubro de daño psicológico representativo del costo de una terapia para los padres (ver sentencia a fs. 412 vta./414, pto. VI. B). Sin embargo no puedo dejar de valorar la tierna edad del menor fallecido, lo que evidentemente repercute de una manera más sensible en el ánimo de los padres, sin perjuicio de que la muerte de todo hijo hace presumir dicho dolor. Es así que dada dicha circunstancia y el tiempo transcurrido desde que se dictara el antecedente mencionado, propongo acoger el agravio a fin de elevar el monto reconocido a cada progenitor a **pesos ciento veinte mil ($ 120.000)**. ----------

--- 5) Resta por examinar el agravio del codemandado T. y la citada en garantía relativo a los intereses. Solicitan, con cita de dos antecedentes de la Sala “A” de este Cuerpo, la aplicación de la tasa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento, dado que existe identidad de períodos para considerar si la tasa del banco nacional ha sido más baja que la del B. del Ch. S.A., así como por aplicación analógica del art. 565 del C. de Comercio (ver fs. 447 vta., pto. 8). El agravio resulta inaudible por cuanto no se pidió la aplicación de la tasa ahora requerida en la instancia precedente. Es cierto que al tiempo de las contestaciones de demanda (ver cargos de fs. 123 y fs. 168 vta.) no habían sido dictadas las sentencias que se citan de la Sala “A” de esta Cámara. Sin embargo las tasas de ambas entidades bancarias eran conocidas al tiempo de las contestaciones por lo que bien pudieron las apelantes haber introducido dicha petición oportunamente. Al respecto debe recordarse que en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del CPCC -art. 277 del CPCCN-, el tribunal no podrá fallar

sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, J, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ. Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd., Sala F, 20/7/79, LL, 1980-A-232; entre otros), precisamente, como destaca Chiovenda, porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., Tº 1, pág. 958). En consecuencia, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN.Fed.ContAdm., Sala III, 10/5/88, JA, 1989-III-321; C.Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala I, 31/3/78, LL, 1978-C-441). ----------

----De acuerdo a lo razonado es que postulo al acuerdo que se declare la deserción parcial en cuanto a este agravio examinado.----------

----III.- Como conclusión, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada a los meros efectos de elevar el monto de condena a la suma de **pesos doscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos ($ 254.400)**, los que se distribuyen en $ 127.200 para cada uno de los coactores; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio. Se aclara que se salva de oficio la omisión del fallo de primera instancia de calcular el monto de $ 400 que por evidente inadvertencia no se integró en el monto total. ----------

----Dado que se revoca parcialmente la sentencia, corresponderá indagar si resulta de ello la readecuación de la imposición de costas y de la regulación de honorarios (conf. art. 282 de CPCC). Atento a que la revocación parcial lo es a los fines de incrementar el monto de condena, no se alteran las condiciones de vencedor y vencido, por lo que no procede readecuar la imposición de costas. Y dado que los honorarios fueron establecidos en porcentajes, tampoco resulta necesaria su readecuación, por cuanto los mismos se reajustarán automáticamente a la nueva base regulatoria.----------

----En cuanto a las costas de esta sede, atento a que se desestiman “in totum” los recursos de las demandadas y se acoge uno de los dos recursos de los coactores, se presenta un vencimiento parcial y mutuo, encontrando equitativo distribuir las mismas en un 80% a los demandados y en un 20% a los actores (conf. art. 72 del ritual), por reflejar tales guarismos apropiadamente las porciones de ganancia y pérdida de cada una de las partes.----------

----En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos efectuados ante la Alzada, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, propongo regular a los mismos, de la siguiente manera: al Dr. E. O. R., letrado patrocinante de los actores, en un 30% de lo regulado en la instancia anterior a los letrados de la actora; los de los letrados apoderados del municipio, Dres. E. G. y M. B., en conjunto, en un 26% de lo establecido en la sede de grado para los letrados de dicha parte; y al Dr. R. G. W., letrado

apoderado del codemandado T. y de la citada en garantía, en un 26% de lo que le fuera regulado en la primera instancia; en todos los casos con adición del I.V.A. correspondiente (conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871). ----------

--- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el codemandado T. y la citada en garantía a fs. 419, por la codemandada Municipalidad de Trelew a fs. 423, y por los actores a fs. 424, que fueran concedidos libremente a fs. 422 y 425, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 404/416 que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por J. H. V. y M. E. B. y condenó a la Municipalidad de Trelew, a J. A. T., y a la aseguradora B. R. C. L. en la medida de la cobertura, a pagar dentro del plazo de diez días la suma de $174.000.-, con más sus intereses y costas. ----------

--- Los agravios vertidos por los actores, los codemandados Municipalidad de Trelew y T. y la aseguradora obran a fs. 433/436 y vta., 437/441 y vta., y 443/448, respectivamente, los traslados conferidos a fs. 442 y 450 fueron contestados por T. y la aseguradora a fs. 451/452, por los actores a fs. 453/458 y vta., y por el municipio a fs. 459/460 y vta., y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las precisiones que en cada caso corresponda realizar. ----------

--- 2. Cabe señalar que los agravios de ambas codemandadas y citada en garantía se centran sustancialmente en la mecánica del accidente por lo que corresponde su tratamiento en forma conjunta, sin perjuicio de analizar en primer término aquellas porciones de las respectivas quejas que se diferencian.----------

--- 2.1. Como primer agravio el municipio codemandado expresa que el juez a quo se apartó de la pericia accidentológica y su impugnación se centra en que la sentenciante de manera cuasi despectiva realizó una serie de interrogantes relativos a las conclusiones que arroja la pericia y del testimonio del perito. Sostiene que el informe del experto es un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos, y pone de relieve que el juez no puede apartarse del dictamen sino por razones muy fundadas, por lo que si no existen argumentos científicos de mayor valor las conclusiones vertidas en los informes técnicos deben ser aceptadas.----------

----Sobre el particular, el juzgador a fs. 408/vta., último y dos primeros párrafos, respectivamente, se apartó del dictamen pericial al considerar: ***Ahora bien, basó su dictamen en las fotografías y planimetría que obran en la causa penal (v. preguntas y respuestas SEGUNDA y TERCERA de fs. 280); y, tales fotografías dan cuenta de una vista panorámica del lugar del hecho, posición del camión, de la cubierta delantera derecha del rodado con presencia de supuesta masa encefálica de la***

víctima y vista panorámica del cuerpito del menor en la vereda; por su parte, el croquis policial confeccionado por la Policía de la Provincia del Chubut y que se halla agregado a fs. 61 de las actuaciones penales establece la posición final del camión, canteros, resto de masa encefálica, cuerpo de la víctima en la vereda. Al respecto diré que aquellas actuaciones revisten en éstas el carácter de prueba documental, y merecen ser consideradas como tales en su valoración como instrumentos públicos (arts. 979 inciso 4, 992, 993, 994, 995, 996 del Código Civil). Ello implica solo que se encuentra dentro de la fe documental el hecho de que el documento ha sido realizado por el funcionario público y que han intervenido las personas que en los mismos se enuncian, que es cierta la fecha y el lugar y pero no da fe acerca de la realidad de lo acontecido, materia esta última que es merituada en el presente acto sentencial en el sentido ya expuesto (cf. CNac. Civ., sala L, 29/4/94, in re: "Bustos J. M. v. Vázquez, Jorge A.", JA N° 5901 del 5/10/94, p. 60). Así los datos contenidos en el croquis citado fueron utilizados, por el perito, como sustento para determinar la velocidad del rodado establecida. Sin embargo, no aparece la velocidad del vehículo (entre los 15 a 20 km/h) como factor del evento, en tanto que, de acreditarse certeza absoluta a las opiniones del experto en éste punto, ella se encuentra dentro de la tolerada. No resultando acreditado, ni se infiere del resultado de la experticia que el codemandado T. Ch. haya tenido el pleno dominio del vehículo toda vez que de la testimonial de la señora H. surge que el accionado no pudo evitar el contacto físico con la víctima. ----------

----Como puede observarse la quejosa no se hace cargo de los fundamentos brindados por el sentenciante para apartarse de la pericia ya que concretamente no indica cuál es el error que a su criterio cometió el juez en su valoración para así apartarse de la pericia. Se trata de una mera apreciación personal de la recurrente, en todo caso una afirmación que traduce una generalización sin sustento, por lo que no hay agravio que atender.----------

----No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso; o las apreciaciones personales; o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones son insuficientes por sí solas para sustentar el agravio. No existe, por lo tanto, una crítica razonada de los fundamentos que demuestren el error del fallo, si respecto de cada manifestación falta el necesario desarrollo argumental capaz de cerciorar sobre la pertinencia de lo aseverado (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales ...", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 354/355, y cita de pronunciamientos). ----------

--- Así, resulta evidente que la apelante no efectuó una crítica concreta y razonada respecto de los fundamentos del juzgador por los cuales se apartó del dictamen pericial, por lo que no hay agravio que atender. ----------

--- En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 360, punto e), y 370, respectivamente, y cita de pronunciamientos). ----------

--- De tal modo, la recurrente en este tramo de su queja incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). ----------

--- Lo mismo ocurre con relación al segundo agravio que también debe ser declarado desierto pues la parte se limita a manifestar que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no impera el principio "*testis unis, testis nullus*", no puede soslayarse que ante la declaración del testigo único se exige una valoración más severa y mayor rigorismo crítico, por lo que sostiene que la juez a quo se apartó de las reglas de la sana crítica.---

--- Nuevamente ese codemandado hace una apreciación meramente subjetiva y genérica mediante la cual elude hacerse cargo del razonamiento del juzgador en virtud del cual le otorga fuerza convictiva a tal declaración por tratarse de un testigo presencial que respondió en forma veraz, dando razón de sus dichos, elemento esencial para la adecuada crítica del testimonio. ----------

--- En tal sentido, el sentenciante a fs. 408 vta./409, con relación al testimonio de R. B. H. precisó: ***En efecto, la mecánica del accidente surge de la declaración testimonial correspondiente a la señora R. B. H. (v. fs. 283/284 y vta. de estas actuaciones), en donde a la pregunta QUINTA respondió: "Yo ese día salí a tender ropa y miro para el frente y veo una Sra. con sus nenes, los nenes estaban jugando sobre el cordón de la calle y en ese momento yo me metí adentro a buscar más ropa, cuando salgo de vuelta a tender la ropa ellos seguían jugando y los miraba como ellos estaban jugando y veo que dobla un camión muy cerca del cordón y dos de los chicos, que tendrían entre siete y seis años y un chiquito de un año y algo, los dos más grandecitos se alcanzaron a subir a la vereda cuando dobla el camión y el chiquito no alcanzó a subir a la vereda y fue cuando el camión lo aplastó, lo piso al nene" (sic). También depuso que los niños estaban jugando sobre la calle; que el camión venía de A. por C. y dobló hacia P.; que en ese momento el camión no estaba realizando actividad especial alguna; que es común que los niños jueguen en la calle; que siempre juegan, "Todos juegan en la calle, gente también camina por la calle, era de tierra, es común que jueguen y caminen por la calle"; que cuando el camión dobla no venía largando agua; que circulaba a una velocidad media "no muy fuerte ni tampoco despacito"; que los chicos estaban jugando en el cordón y la calle, sobre las piedras. Efectuó el***

croquis de fs. 282 que da cuenta de la posición de los niños, su madre y la testigo. <u>Advierto la fuerza convictiva de este testimonio por tratarse de una testigo presencial del siniestro, quién respondió en forma veraz, dando razón de sus dichos. Recordemos la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición del conocimiento por el testigo de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio</u> (art. 449 in fine del CPCC, su doc.; CAT, sala A, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08, entre muchas otras), con el aditamento todavía de que tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la experiencia y principios de la lógica (art. 390 cód. cit.; CAT, sala A, c. 22.688 S.D.L. 29/08) (el subrayado me pertenece). -

--- En síntesis, la apelante no concretó crítica concreta y razonada de ese aspecto del decisorio, por lo que no hay agravio. ----------

----Y el agravio carece de contenido, cuando como en el caso …d) Simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamentos a la oposición o formula apreciaciones subjetivas … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Astrea, 1983, T. 1, págs. 838/839). ----------

----Tales consideraciones que llevan a tener por desierto los dos primeros agravios del municipio codemandado caben hacerse extensivas al primero de los vertidos por el codemandado T. y la citada en garantía. En efecto, la queja detalla la velocidad del vehículo, el sentido de circulación, las distancias entre el lugar del hecho, la vereda y la bocacalle, y la ubicación en la que se encontraba la madre del menor. Con tales datos afirma que ello y la experiencia mínima de conducir en la ciudad debería bastar para el rechazo de la demanda. ----------

----Como puede apreciarse tales manifestaciones incumplen de modo manifiesto la manda impuesta por el art. 268 del C.P.C.C. pues no contienen crítica alguna al decisorio.----------

----En ese direccionamiento, la ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, J. c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).

--- Por tales razones, la municipalidad codemandada incurrió en deserción de sus dos primeros agravios y el codemandado T. y la aseguradora en el primero de ellos.

2.2. Corresponde entonces ingresar al tratamiento en conjunto de los restantes agravios formulados por los codemandados respecto a la mecánica del accidente. ----------

--- Al respecto, la Sra. Juez de la anterior instancia concluyó que la responsabilidad del hecho dañoso acaecido debe atribuirse de modo exclusivo a los codemandados, debiendo precisarse que en su análisis no descartó la pericia sino que se apartó de la misma en forma parcial. Así, a fs. 407 vta., penúltimo párrafo, precisó: "Con fundamento en la sana crítica, he de apartarme parcialmente de la pericia accidentológica practicada en sede penal (sólo en lo que atañe a la opinión vertida acerca de la etiología del accidente y a la Evitabilidad física, v. fs. 42/47) y ofrecida como prueba en los presentes actuados, por ausencia de *clare loqui*. Al respecto diré que la falta de claridad de la pericia y de las explicaciones vertidas, debilita los fundamentos en que se apoya y afecta la eficacia probatoria del dictamen. En efecto dijo el perito, al hacer referencia a la "Evitabilidad física", que: *"Existen accidentes que son evitables si se cambia la conducta de algunos de los participantes, o bien, por las velocidades obtenidas, generalmente excesivas, efectuando un estudio retrospectivo, con la velocidad reglamentaria, era o no evitable. Pero en el caso particular que nos ocupa,* ***se trata de un hecho a considerar por este perito, fortuito,*** *donde el conductor del camión Ford, circulaba en forma reglamentaria, por su carril y a velocidad baja, ya que se detiene inmediatamente después del embestimiento, sin dejar huellas de frenado.* ***La conducta principal por la cual se desarrolla el episodio lamentable es por la imprevista inserción del menor en la calle****"* (*sic*, la negrita me pertenece). ¿Cómo supo, el señor perito, que A. J. de manera imprevista se interpuso en la línea de marcha del camión "regador"? ¿Cómo supo, el experto, que se trató de un caso fortuito? El perito se redujo, pues, a emitir su concepto, sin explicar las razones (solo refiere a la escasa velocidad de circulación del camión y que lo hacía por su carril) que lo condujeron a esas conclusiones". ----------

--- A continuación analizó a fs. 408, segundo párrafo, el testimonio del licenciado C. F. F. y así consideró que: "La prueba testimonial del Lic. C. F. F. (v. fs. 280/282), no arroja luz a sus conclusiones periciales respecto de este punto de análisis, es decir respecto a la "***imprevista inserción del menor en la calle****"*. Señaló que los elementos que tuvo en cuenta para realizar la pericia fueron "*principalmente las fotografías y planimetría del personal de la policía que obran a fs. 54/62 de la causa penal*" (pregunta y respuesta TERCERA). Preguntado si realizó o no pruebas de frenado con el vehículo involucrado para realizar su trabajo, contestó "*No recuerdo, pero creo que no*" (pregunta y respuesta SEXTA). Preguntado acerca del peso del camión y si se tuvo en cuenta o no éste para realizar la pericia, manifestó "*no lo tengo presente en este momento*" (referido al peso) y *"se tiene en cuenta en general pero como no había huellas de frenada o desplazamiento muy distantes la velocidad se menciona o se infiere en forma aproximada por comparación de diferentes ensayos que se realizaron anteriormente"* (preguntas y respuestas SÉPTIMA y OCTAVA). Luego fue preguntado y refirió a ensayos realizados con diferentes tipos de camiones, coeficientes empíricos de adherencia o frenado que

habría utilizado (v. preguntas y respuestas DÉCIMA SEGUNDA/DÉCIMA QUINTA). Indicó la altura con respecto al suelo en que se ubica la cabeza del conductor en este tipo de vehículos (dijo, *"Si ronda, es superior a los 2,30/2,40 y depende de la altura del conductor", sic*); el ángulo máximo de visión con respecto al suelo (*aproximadamente no mayor a cuarenta, cuarenta y cinco grados, pero depende también de la altura del conductor*); y que *"en diferentes oportunidades cuando me toco ir a los accidentes de camiones me posiciono en el lugar del conductor y observo los ángulos de visibilidad"* (*sic,* preguntas y respuestas DÉCIMA SEXTA/DÉCIMA OCTAVA). Acto seguido indicó que no realizó las tareas descriptas con el vehículo involucrado (pregunta y respuesta DÉCIMA NOVENA). ----------

----De tal modo, teniendo en cuenta los datos aportados por el dictamen y las explicaciones brindadas por el perito al prestar declaración testimonial la sentenciante formuló diversos interrogantes acerca de ¿cómo supo el perito, esto es, con que fundamentos llegó a la conclusión de que hubo una imprevista inserción del menor en la calle?, ¿cómo supo el experto que se trató de un caso fortuito?. ----------

----Así, de la pericia que luce a fs. 42/47 del Legajo de investigación fiscal Caso 539, que en este acto tengo a la vista, resulta que en base al croquis ilustrativo del informe técnico, corroborado con las fotografías que anteceden, consideró el experto que no existen huellas de frenadas, lo que es indicativo de la escasa velocidad desarrollada por el camión regador (ver operaciones realizadas, p. IV, y conclusiones, p. IV. a), fs. 45 y 47, respectivamente; fotografías de fs. 56/58; y croquis, fs. 61). Asimismo, el perito informó que el camión circulaba en dirección sureste-noroeste sobre la calle P., y luego de trasponer la avenida C., 16,60 mts. aproximadamente, con su cubierta anterior derecha embiste y aplasta al menor, y que la zona de conflicto máximo se ubica sobre el carril de ripio derecho, a 2,10 mts. del lateral derecho de la calle P. (con referencia a la acera) y a 16,60 mts. de la prolongación imaginaria del cordón norte de la avenida C. (o sea después de la bocacalle), con la aclaración que la prioridad de paso le compete al que circula por la calzada en ese lugar, quedando la exclusividad para el peatón en la acera (ver mecánica del accidente, fs. 45/46). Respecto de la etiología del accidente señala que la causa primaria se debe a la conducta del menor que se interpone en la marcha del camión que circulaba a escasa velocidad por su carril y distante a más de 2 metros de la acera, y con relación a la evitabilidad física manifiesta que "... se trata de un hecho a considerar por este perito, fortuito ..." pues el camión circulaba en forma reglamentaria, por su carril y a velocidad baja, ya que se detiene inmediatamente después del embestimiento, sin dejar huellas de frenado, y que la conducta principal es por "la imprevista inserción del menor en la calle" (etiología del accidente y evitabilidad física, fs. 46/47). Tales aspectos dan lugar a las conclusiones que lucen a fs. 47, destacando que la velocidad del camión regador era escasa, oscilando entre los 15 a 20km/h.----------

--- En tales condiciones, de la pericia accidentológica y reseña que antecede resulta evidente que no hay dato objetivo ni científico aportado por el experto que permita concluir

como lo hace en el sentido que la conducta principal por la cual se desarrolló el episodio sea atribuible a “la imprevista inserción del menor en la calle”. Reitero entonces la apreciación del juzgador que comparto plenamente en el sentido de cómo supo el experto que el menor se introdujo en la calle en forma imprevista. Lo cierto es que tal afirmación no tiene sustento alguno pues indudablemente para poder el perito aseverar que hubo una “imprevista inserción del menor en la calle” tuvo que existir el relato de alguna persona corroborado a su vez por algún testimonio. Nada de eso resulta de la pericia. ----------

--- En ese contexto, las operaciones realizadas por el experto en lo que se refiere a la velocidad del camión, lugar del accidente, distancia respecto a la vereda y a la bocacalle, no sirven para inferir como lo hizo que el menor apareció en la calle de modo imprevisto, y menos aún, para considerar que se trató de un hecho fortuito, calificación jurídica que como tal excede sus conocimientos técnicos. ----------

--- Por eso, debe señalarse que el juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta la doctrina judicial; pero en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho. En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto, debiendo fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, pág. 523). El apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Falcón, Enrique M., “Código Procesal ...”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, págs. 416/417, y cita de pronunciamientos). Ello significa que el juez puede apartarse del dictamen pericial, desde que éste no lo enlaza necesariamente, y aun cuando sus conclusiones resulten terminantemente asertivas. Pero para hacerlo legítimamente ha de expresar los fundamentos de su convicción contraria (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1992, T. V-B, pág. 435). Los jueces, por lo tanto, pueden apartarse de las conclusiones periciales dando los fundamentos de su convicción contraria (SCBA, Ac. y Sent., 1976, v. I, p. 321 y 554; 1976, v. II, p. 244; 1977, v. II, p. 71). Si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente ajeno al hombre del derecho- para desvirtuarlo, es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir

fehacientemente el error o el inadecuado o insuficiente uso que el técnico hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado. O sea, que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquél debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. V-B, págs. 455/456 y cita de fallos). ----------

----En síntesis, el juez puede apartarse de las conclusiones del dictamen pericial pero para hacerlo debe contar con razones muy fundadas que permitan demostrar que la opinión del experto carece de una explicación técnica adecuada. ----------

----A su vez, si bien el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de declaraciones de testigos (Fenochietto-Arazi, obra y tomo citado, pág. 524), lo cierto es que la “imprevista inserción del menor en la calle”, tal lo sostenido por el experto, es un hecho y no una cuestión técnica. Y aún cuando ese dato fáctico puede ser inferido por el perito de los elementos colectados en su informe, ello así no surge expresado en el dictamen pericial, y por eso el razonamiento desplegado por el juzgador resulta acertado pues se advierte con claridad que no hay explicación alguna que otorgue sustento a esa conclusión. Bien hizo entonces el sentenciante en apartarse parcialmente del dictamen por carecer dicha conclusión de elementos objetivos que la sustente. Por lo demás, comparto lo expuesto por el Dr. De Cunto en cuanto a que si el menor hubiera irrumpido imprevistamente en la calle tal circunstancia debió provocar en el conductor del camión alguna reacción que en el caso no resulta del dictamen pericial. ----------

----Tales consideraciones conducen al rechazo de las impugnaciones formuladas por el codemandado T. y la citada en garantía en lo que se refiere a que hubo una errónea valoración de las pruebas por haberse apartado el juzgador de las conclusiones de la pericia. ----------

----Corresponde ingresar entonces al tercer y cuarto agravio del municipio codemandado referidos a la invocada ruptura del nexo causal al no haber ponderado la jueza sentenciante la culpa (en realidad el hecho) de la víctima y la culpa *in vigilando* de la madre, y también al quinto en cuanto al valor probatorio de la confesión ficta, lo que lleva a analizar en primer lugar la ponderación realizada por el juzgador de la prueba testimonial, aspecto que también es materia de queja por el codemandado T. y la aseguradora a fs. 444 vta./445 respecto al testimonio de H. y a su vez por la descalificación del testigo C. (fs. 445/vta.). ----------

--- Al respecto, no hay impugnación alguna en cuanto a que R. B. H. es la única testigo presencial del hecho. Y con relación al testimonio de C. la crítica no resulta relevante pues en definitiva aún cuando fuera cierto que el coactor J. H. V. le haya dicho que el nene “se le escapó” a la señora (por la madre) (ver respuestas a la 7ª, 8ª y 9ª pregunta, fs. 291) ello

no impide considerar que se trata de un testigo de referencia pues llegó al lugar con posterioridad al accidente por haber sido mandado por su jefe ya que era el encargado de los vehículos de Acción Social (ver respuesta a la pregunta 5ª, fs. 291). Así, su testimonio denota claramente que el conocimiento no fue adquirido en forma directa al no caer bajo la percepción de sus sentidos. Se trata del denominado testigo de oídas o de referencia. Así, los testigos de referencia son aquellos que no han apreciado el hecho a que se refiere la causa, sino que la versión que indican proviene de la referencia que han hecho otras personas (Falcón, Enrique M., obra y tomo citado, par. 426.9.9., pág. 299). Y la declaración de un testigo de referencia carece de eficacia porque la relación de sujeto conocedor a objeto conocido no es directa (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, pág. 439). O sea, C. no fue testigo presencial del accidente por la sencilla razón que llegó después, por lo que su testimonio carece de fuerza convictiva en lo que se refiere a la mecánica del accidente, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C.P.C.C.). Esa misma consideración cabe hacerse extensiva a otro testigo de "oídas", me refiero a V. H. cuyo testimonio luce a fs. 293/vta. y que al responder por la razón de sus dichos expresó con total franqueza "Porque me lo comentaron" (fs. 293, último renglón). ----------

--- Tocante a la crítica realizada por el municipio codemandado al estimar que hubo una sobrevaloración de la confesión ficta del codemandado T. cabe señalar que el juzgador a fs. 409 vta. razonó: ***Reitero R. B. H. es una testigo presencial y estuvo en el lugar del hecho en el momento de su ocurrencia y momentos inmediatamente posteriores al mismo (v. respuesta DÉCIMA TERCERA), por lo cual sus dichos merecen ser tenidos como plenamente eficaces a los efectos de la valoración probatoria efectuada (arts. 390 y 460 del rito). Corroborados con la confesión ficta del codemandado T. Ch.*** ...---

--- De tal modo, esa impugnación resulta estéril ya que el sentenciante ponderó tal confesión a fin de corroborar la declaración de H., por lo que dicha confesión no fue tenida en cuenta de modo exclusivo sino que en primer lugar valoró los dichos del único testigo presencial para recién después asignarle una fuerza de convicción secundaria a la confesión ficta. ----------

--- Este análisis permite arribar a la conclusión que los agravios de los ya mencionados codemandados en lo que se refiere a la valoración probatoria de los testimonios depende del alcance que se le otorgue a los dichos de H.. Esa declaración es impugnada por T. y la citada en garantía por entender que contradice el croquis policial y las fotografías agregadas a la causa penal, aclarando que el croquis policial da fe de la existencia de masa encefálica del menor a 2,10 metros de la vereda y 16 metros de la bocacalle, y que de las fotografías surge que el camión si estaba largando agua (fs. 444 vta.). Pese a ello, al continuar con la crítica a fs. 445 alude a que la testigo admite al contestar la pregunta quinta que los chicos estaban jugando en la calle ya que declaró que los dos más grandecitos se alcanzaron a subir a la vereda cuando dobla el camión y el chiquito no

alcanzó a subir, lo que permite tener por acreditado que este último fue embestido en la calle. En ese contexto, no hay cuestionamiento al testimonio de H. en cuanto al lugar en que se encontraba el menor al ser atropellado, y descarto si venía regando o no el camión ya que esa circunstancia nada aporta al lugar en el que se hallaba el nene, por lo que se evidencia que la crítica se endereza a la ponderación que el juzgador efectuara de ese testimonio. Así, la circunstancia de que los dos chicos más grandes alcanzaran a subir a la vereda y el más chiquito no, surge claramente del testimonio de H., que a continuación aclaró de modo terminante que estaban jugando sobre la calle (ver respuesta a la 5ª y 6ª pregunta, fs. 283).----------

----Con ese alcance, cabe reiterar que resulta acertado el razonamiento desplegado por el sentenciante en lo que se refiere a que la confesión ficta del codemandado T. corrobora ese testimonio en cuanto a que el día del siniestro transitaba en forma distraída. En efecto, si el accidente acaeció a casi 17 metros de la bocacalle (16,60 mts., según dictamen pericial) en la cual dobló el camión viniendo desde la avenida Colombia, y si los menores estaban jugando en la calle, y dos de ellos pudieron alcanzar la vereda, resulta evidente que el codemandado T. al circular a escasa velocidad de haber estado atento a las circunstancias del tránsito hubiera podido frenar y evitar el siniestro.----------

----No dejo de considerar que el menor jugaba en un lugar no permitido ya que los peatones transitarán en zona urbana únicamente por la acera u otros espacios habilitados a ese fin (art. 38, inciso a) 1. de la ley 24.449, a la que adhiriera la Municipalidad de Trelew según ordenanza municipal Nº 5490/96), pero la cuestión reside en si la ubicación del menor en la calle es un hecho que tiene aptitud suficiente para interrumpir el nexo de causalidad conforme lo establece el art. 1111 del Código Civil en función a lo previsto por el art. 1113, segundo apartado del segundo párrafo de ese ordenamiento, ya que ese es el planteo formulado por el municipio en su tercer agravio. En ese aspecto corresponde considerar que no resulta suficiente que el conductor del camión respetara la velocidad reglamentaria que en zona urbana para las calles es de un máximo de 40 km/h (art. 51, inc. a) 1. de la ley 24.449), pues el conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación (art. 50 de la ley de tránsito). A ello cabe agregar que los conductores en la vía pública deben circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el domino efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito (art. 39, inciso b), de la ley 24.449). Además, también debe señalarse que el peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito (art. 64, último párrafo, ley 24.449). ----------

--- En ese direccionamiento, la figura del peatón distraído es un riesgo propio de la circulación automotriz. Así se señala que el derecho judicial ha puntualizado con agudeza que el peatón -o transeúnte, o viandante-, o sea el “que anda a pie”, “el que

camina”, quien se desplaza por sí mismo y en base a su dinámica psicomotriz- es la parte débil y vulnerable de los accidentes de tránsito. Ya hemos expresado anteriormente que creemos que a partir de la aplicación de la teoría del riesgo creado a los accidentes protagonizados por automotores el concepto de víctima está en proceso de reelaboración. Víctima en sentido *lato sensu* es, ahora, el conductor, el dueño o guardián, el poseedor, el usuario del automotor, el transeúnte, el ciclista, o sea, en definitiva es el damnificado que reclama su resarcimiento por vía de demanda o reconvención y cuya contribución -total o parcial- a la causación del daño debe alegar y probar, inexcusablemente, el dueño o guardián del rodado demandado; en caso contrario este último no se liberará del deber de responder. Ello explica que frente a la evolución y ampliación de este concepto el peatón es quien, en esencia, conserva las notas distintivas de sujeto indefenso y frágil frente al poder arrollador de la máquina. Y el principio de confianza consiste en una pauta de conducta que conlleva a confiar en el comportamiento adecuado y diligente de los demás y a que sólo por excepción deba prevenirse una actuación incorrecta. Empero esta premisa en determinadas circunstancias cede frente a la “prevención según la cual todo automovilista no sólo debe conducir dirigidamente -esto es siguiendo las reglas y las señales de circulación- sino también defensivamente, es decir contando con el posible proceder antirreglamentario de los demás”. Del criterio precedente ha derivado la creación pretoriana de la figura del “peatón distraído” (o desatento o desaprensivo) como riesgo propio de la circulación automotriz. “La aparición de un peatón distraído -se ha dicho reiteradamente- es un riesgo común inherente al tránsito por lo que el conductor de un vehículo debe preverlo sea para conservar en todo momento el dominio de su máquina de modo de poder detenerse en forma instantánea o para realizar una maniobra para evitar el choque”, o para “extremar el cuidado y la precaución del volante de su rodado”. Por ende, “quien es guardián de una cosa peligrosa está obligado a mantenerse atento a las evoluciones de la circulación de las personas y cosas” debiendo “obrar con la mayor diligencia y prudencia para evitar el accidente”. Con palabras de la Suprema Corte de Buenos Aires: “quien tiene a su cargo la conducción de un vehículo asume sobre sí la posibilidad cierta de la ocurrencia de sucesos que, en el curso ordinario del tránsito, pueden presentarse de una manera más o menos imprevista” (Galdoz, Jorge Mario, “Los peatones y el cruce fuera de la senda peatonal”, L.L. 1994-B, pág. 276). Por ello, el conductor debe estar suficientemente alerta como para sortear esas emergencias, salvo casos excepcionales (SCBuenos Aires, Ac. 34.081 y 34.056 S, 23/07/85 y 05/08/86, citado en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, “Accidentes de tránsito - I”, pág. 348). Y si bien con referencia al cruce de calles pero aplicable a esta causa por encontrarse el menor directamente en la calle se expresa que un “observador óptimo” podría afirmar, inicialmente, que el peatón debe evitar el cruce si avanza automotores, o emprenderlo si el camino está expedito; sin perjuicio de respetar el semáforo peatonal cuando existe. Y la presunción de causalidad

enfatiza los errores peatonales, por las razones indicadas. Pero el conductor, que “en todo momento”, debe mantener “el dominio sobre el vehículo” y estar en condiciones de “detenerlo o evitar la colisión” y que, por sobre todas las cosas, debe respetar la vida del prójimo, vida humana, cosa sagrada (aunque sea un peatón) no está autorizado para embestirlo; más aún, no está siquiera justificado, y debe explicar convincentemente qué maniobras efectuó para no lastimarlo (Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, T. III, pág. 138). El peatón sólo carga con las “violaciones graves” a las reglas del tránsito. ¿Cuales son esas violaciones graves? Pensamos que la expresión se reserva para situaciones extremas: los “cruces sorpresivos”, las apariciones imprevistas, el hecho de “arrojarse”, poco más o menos, al paso de un vehículo; la circulación peatonal por rutas rápidas, como las autopistas; la pretensión de cruzarlas por cualquier lugar, etcétera. Conductas peatonales que aparecen como fuera de lo ordinario, que no pueden contrarrestarse, que no son susceptibles de dar pié a reacciones evitativas o impeditivas del accidente. Valga como ejemplo el cruce de noche, de una autopista con escasa iluminación; el lanzarse a la vía pública por parte de quien se encontraba conversando en la vereda, de improviso, en la mitad de la calle (Mosset Iturraspe, Jorge, “Accidentes de tránsito”, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, “Accidentes de tránsito-I”, pág. 202). Dicho de otro modo. Sólo la culpa grave y decisiva del transeúnte opera como eximente, lo que ocurre en supuestos excepcionales ya que el peatón distraído es un riesgo común del tránsito automotor, por lo que de ser embestido se genera una presunción grave en contra del conductor del vehículo al introducir en la circulación una cosa riesgosa que por sus características y la velocidad que desarrolla resulta peligrosa.----------

----Asimismo, tocante al hecho de la víctima como eximente de responsabilidad (arts. 1111 y 1113, apartado segundo del segundo párrafo, del Código Civil), debe tenerse en cuenta que el hecho de la víctima debe presentar las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito, en caso de liberación total (ver Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias”, Astrea, 1984, T. 5, pág. 393; C.S.J.N., Fallos 310:2103 y L.L. 1993-E, 470, mayo 11-993, “F., Alba O. c. Ballejo, Julio y otra”). O sea, la liberación total por el hecho de la víctima requiere imprevisibilidad e inevitabilidad. Y ese no es el caso de autos pues no se encuentra acreditada la imprevista inserción del menor en la calle pues el experto no brindó explicación alguna que sustente tal afirmación. Destaco que un hecho se considera imprevisible cuando un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que normalmente pueda llegar a ocurrir (Trigo Represas, Felix A., “La noción de las “eximentes” y su vigencia en el Derecho Argentino. Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes”, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006 – 1, “Eximentes de responsabilidad – I”, pág. 33). Por eso, mal puede sostener el perito que el menor apareció de modo imprevisto en la calzada pues ya se encontraba en la calle.

En tal sentido, el testimonio de H. resulta categórico y del mismo surge precisamente lo contrario a lo expuesto por el experto ya que los tres niños se encontraban jugando en la calle y dos de ellos, los más grandes, tuvieron tiempo para alcanzar la vereda, de modo tal que el conductor también tuvo tiempo para verlos después de doblar e ingresar a la calle P. Pese a ello no los vió y así resulta de los hechos expuestos por el conductor al contestar demanda (p. 4, fs. 118 vta.), lo que evidencia que no advirtió la presencia de los menores, ni de los dos que alcanzaron la vereda, ni del tercero que atropelló. Todo lo cual evidencia que el chofer conducía desatento, esto es, en forma distraída, pues al circular a una velocidad moderada -a punto tal que frenó luego del accidente sin dejar huellas- podría haber frenado o esquivado al menor. Claro resulta entonces que no prestó la debida atención que se requiere al circular con un camión y como consecuencia no conservó el total dominio del vehículo que conducía. ----------

--- Tales razones llevan al rechazo de los agravios expuestos con relación a que el hecho de la víctima importó la ruptura del nexo de causalidad. ----------

--- En lo que hace a la culpa “in vigilando” de la madre por la omisión de los deberes de cuidado, la cuestión se vincula a la posibilidad de considerar como eximente de responsabilidad una eventual culpa de los padres de la víctima, en el caso la de un tercero en el marco previsto por el art. 1113 del Código Civil. ----------

--- En tal sentido, se señala que la culpa de los padres actúa en forma excepcional como factor de imputación por el hecho ajeno, para así responsabilizar en forma solidaria a los progenitores respecto de los daños causados por los hijos menores de edad a los terceros, conforme lo establece el art. 1114 del Código Civil. Esto es, se aplica en caso de daños producidos por el menor a terceros, y no a la inversa cuando el menor es dañado. Por eso se expresa que el factor de atribución debe ser asentado sobre el riesgo de dañosidad que para los terceros deriva de la inestabilidad de la conducta del menor durante los primeros tiempos de maduración de su vida. La responsabilidad que el art. 1114 del Código Civil pone en cabeza de los padres corresponde, exclusivamente, a aquellos casos en los que sus hijos menores causen daños a terceros y no cuando se dañen a sí mismos o a los propios progenitores (Bueres-Highton, “Código Civil y normas complementarias”, Hammurabi, 1999, T. 3 A, págs. 638 y 659, respectivamente). ----------

--- El art. 1113 exime de responsabilidad al dueño o guardián acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Es decir que la eventual culpa de los padres de la víctima no puede ser eximente de responsabilidad. La responsabilidad indirecta de los padres se funda en la culpa propia de éstos, presumida por la ley, por haber violado aquéllos los deberes legales de vigilancia y cuidado de sus hijos. Es decir que la culpa de los progenitores en las condiciones que la ley determina, es relevante dentro del sistema de responsabilidad civil, para extender a ellos las consecuencias de los hechos dañosos ejecutados por sus hijos menores, o sea para atribuirles una responsabilidad indirecta, pero no para considerar aquella culpa como propia de la

víctima y ser invocada por el dueño o guardián como eximente de responsabilidad objetiva (Bustamante Alsina, Jorge, “Función de la culpa en la responsabilidad objetiva”, La Ley, 1994-C, 168). ----------

----Ese es el criterio ya sentado por esta Cámara, en su composición de sala única, c. 10.270, SDC 26/93, y c. 11.401, SDC 2/96; y por la sala “A”, c. 16.166, SDC 29/00, entre otros pronunciamientos. Y esa es la postura adoptada por el juzgador a fs. 411/vta. al señalar: “Por último, diré que la “culpa in vigilando” que se le endilga a la madre – aquí coactora- no es una eximente legalmente prevista, exorbitando tal pretendida virtud interruptiva del nexo de causalidad presumido por la ley con nitidez el sentido de atribución subjetiva de responsabilidad que conlleva solo en relación a terceros dañados por sus hijos menores. Es decir, la infracción del deber de vigilancia de los padres, que se le impone como derivativo del ejercicio de la patria potestad, sólo constituye una fuente de responsabilidad para aquellos por los daños provocados por sus hijos menores a terceros, no configurando en cambio una causal de exoneración de la responsabilidad de quien, por el contrario, ha dañado al menor (cf. Jorge MOSSET ITURRASPE- Daniel H. D’ANTONIO – Norberto J. NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 158 y ss. y cita N° 32). El deber de cuidado y vigilancia que pesa sobre los padres no puede desplazar ni la autoría ni la relación causal que fue analizada en el “casus”. Ello bastaría para el rechazo de los agravios, pero en el caso obviaré tal posicionamiento en atención a que en definitiva el sentenciante ingresó al análisis de la conducta de la madre del menor al expresar a fs. 411, segundo párrafo: “Cierto es que, conforme la declaración de la única testigo presencial, que la señora B. se encontraba sentada en los canteros (v. croquis de fs. 282, y sus dichos al entablar la demanda); pero ello no hace suponer que si la madre hubiera estado sosteniendo al pequeño, impidiendo bajara a jugar a la calle, el evento no hubiera ocurrido de todos modos ante solo un descuido, el que no es extraordinario que ocurra en un lugar que – al momento del siniestro- ofrecía mayores licencias por las características apuntadas por la deponente cuando preguntada “Si era común o no ver niños jugando en esa calle”, dijo: “Si eso es común que jueguen en la calle”, y preguntada “con qué frecuencia veía ella niños jugando en esa calle”, respondió: “Siempre. Todos juegan en la calle, gente también camina por la calle, era de tierra, es común que jueguen y caminen por la calle” (preguntas y respuestas CUARTA y QUINTA). Ello corroborado con el Acta Policial de fs. 01 del caso N°539 de fecha 24/11/2006 que describe el escenario donde se produjo el accidente (*“en el Barrio Oeste, sobre la calle P. N. casi A. C. de esta ciudad, la primera posee una dirección de Sureste a Noroeste y la restante es de doble circulación de Noreste a Suroeste y viceversa. La primer arteria es de ripio, la restante es asfaltada. El tránsito vehicular como peatonal es de gran cantidad. En dicha intersección hay tres semáforos. La iluminación a esta hora es buena y natural” - sic*)”.--

--- Sobre el particular, estimo que en el caso la madre del niño no prestó la debida atención ya que se encontraba sentada sobre un cantero, ubicación que así resulta del

escrito de demanda (p. II, fs. 70, penúltimo párrafo), del croquis de fs. 282 y también del croquis de fs. 61 del Legajo de investigación fiscal. Y los codemandados argumentan que esa conducta se erige en eximente por tratarse del hecho de un tercero por quien no deben responder (art. 1113, apartado segundo del segundo párrafo, del Código Civil). En lo que hace a la “culpa” de un tercero en realidad la noción está referida a su conducta sin ningún tipo de connotación subjetiva, pues basta con que se juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para quebrar el nexo causal. No se trata de su culpa sino de su hecho, o sea la idoneidad o no de la actuación del tercero para producir el evento dañoso. Así, el hecho del tercero debe ser la causa del daño (Belluscio-Zannoni, obra y tomo citado, par. 73, pág. 564, ver también par. 74, págs. 565/566). Por eso se expresa que el mero hecho del tercero, desprovisto de culpabilidad, puede tener idoneidad suficiente para provocar la ruptura del nexo causal que debe existir entre la conducta del demandado y el daño que se le atribuye presuntivamente. Conforme a este razonamiento, la cuestión queda emplazada en el ámbito de la autoría y no en el de imputabilidad. Basta el mero hecho para que se configure la eximente (Bueres-Highton, obra y tomo citado, págs. 572/573). ----------

--- Y desde ya que el hecho del tercero debe tener relación de causalidad adecuada con los efectos dañosos producidos (art. 906 del Código Civil), por lo que corresponde distinguir entre causa adecuada, antecedente idóneo para producir el resultado, y condición, que son los demás antecedentes o factores de ese resultado. ----------

--- En síntesis, se puede afirmar pues, que el vigente artículo 906 receptó la doctrina de la “causación adecuada”. Siguiendo esos lineamientos, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que es “adecuada” la conexión causal que vincula un hecho antecedente a uno consecuente, cuando el primero tiene virtualidad para producir normalmente al segundo, de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas; y que por el contrario no lo es: cuando la acción debe considerarse indiferente, según la experiencia de la vida, para la producción del daño (Cazeaux - Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, Librería Editora Platense S.R.L., 1994, T. IV, págs. 775/776). La teoría de la causa adecuada, recogida por el texto actual del art. 906, Cod. Civ., distingue entre “causa” que es el antecedente, que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idóneo para producir el resultado, y “condición”, que son los demás antecedentes o factores de ese resultado (Salas - Trigo Represas - López Mesa, “Código Civil ...”, 1999, T. IV-A, pág. 389). Sobre el particular, tenemos que recordar que examinando la cuestión a través del prisma de la “causalidad adecuada” (art. 906, Cód. Civil), para establecer en el plano jurídico si un suceso es causa de otro, es necesario realizar *ex post facto* un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas. Como ya lo señalamos antes, para esclarecer esta cuestión se impone distinguir entre la prueba del nexo causal, como carga de la parte que reclama el resarcimiento, y la del carácter adecuado de la condición, que se presume por el

advenimiento del resultado dañoso. Corresponderá, por tanto al sindicado como responsable para liberarse, demostrar que aquella condición no fue la causa eficiente del perjuicio, es decir, habrá de aportar la prueba de que el daño reconoce una procedencia extraña a su obrar o a las cosas bajo su guarda, por la inserción de una circunstancia anormal o extraordinaria en el proceso causal (Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", La Ley, 2da. ed., 2000, par. 66, págs. 175 y 176, respectivamente). En otros términos: el hecho del tercero debe haber sido la *causa* (*o concausa) adecuada* del daño, pues, en caso contrario, únicamente constituirá una mera *condición periférica*, irrelevante o insuficiente para impedir la conformación del nexo de casualidad. De allí que *no cualquier hecho* del tercero serviría al demandado para liberarse, total o parcialmente, sino aquel que, además de estar materialmente conectado al resultado, haya sido su *verdadera causa o concausa jurídica* (Agoglia, María Martha, Boragina, J. Carlos y Meza, Jorge Alfredo, "Los hechos de terceros como eximentes. Dependiente y tercero. El uso o empleo de la cosa contra la voluntad del dueño o guardián", en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal - Culzoni Editores, 2006 – 1, "Eximentes de responsabilidad – I", pág. 213). ----------

----Con tales pautas, en la presente causa se trata del conductor de un camión que circulaba a escasa velocidad por lo que si hubiere prestado la atención que requiere las circunstancias del tránsito pudo evitar el siniestro. No debe olvidarse que un vehículo en movimiento crea un "consumo de seguridad social"; la seguridad de los demás ocupantes de la vía pública se ve disminuida al ingresar a ella un automóvil (con mayor razón si es un camión como en el caso de autos): cuando no hay vehículos, los peatones encuentran una seguridad en grado 100, al introducirse un automotor se produce una disminución que es consumida por quien ingresa provisto de un automotor (Belluscio-Zannoni, obra y tomo citado, pág. 488 y su nota nº 307). A ello cabe agregar que si se trata de un menor la víctima se expresa que es correcto interpretar que la conducta del automovilista debe ser juzgada con mayor rigidez cuando la víctima es un niño; en consecuencia, estando el conductor obligado a mantener *todo* el control del vehículo, debe imponérsele la obligación de "prever hasta *casi* lo imprevisible" (Kemelmajer de Carlucci, "Daños sufridos y causados por niños", en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006 – 1, "Eximentes de responsabilidad – I", pág. 31). De tal modo, la falta de atención de la madre es un hecho que constituye una mera condición y no una concausa. Esto es, si bien la Sra. B. estuvo desatenta, el accidente no se habría producido si el chofer hubiera advertido la presencia del menor en la calle. Nótese que los otros dos menores advirtieron la presencia del camión y por eso llegaron a la vereda, en cambio el conductor no vio a ninguno de los tres menores, ni a los dos que alcanzaron la acera, ni al más pequeño que quedó sobre la calle. Nótese que en el escrito de contestación de demanda (p. 4, fs. 118 vta.) no efectúa el codemandado T. referencia alguna acerca de la presencia de los dos hermanos que alcanzaron la vereda. A ello se añade que la inadvertencia del

chofer resulta manifiesta ya que ese conductor no efectuó maniobra alguna para evitar atropellar al menor, lo que así surge del dictamen pericial al señalar que “... se detiene inmediatamente después del embestimiento, sin dejar huellas de frenado” (fs. 46, último párrafo, del Legajo de investigación fiscal). Además, del croquis de fs. 61 del citado Legajo se desprende que la parte delantera del camión estaba girada levemente hacia su derecha lo que corrobora que el chofer no intentó maniobra alguna para evitar embestirlo. En síntesis, la conducta de la madre del menor actuó como condición, irrelevante para producir el daño, en tanto que la conducta del codemandado T. fue la que se erigió como causa adecuada del evento, a lo que se agrega el consumo de seguridad vial por el riesgo que significa un camión en movimiento. ----------

--- Tales fundamentos conducen al rechazo de los agravios vertidos por ambos codemandados y la aseguradora en lo que hace a la mecánica del accidente. Asimismo, las razones expuestas dejan sin contenido las quejas del codemandado T. y la citada en garantía en lo que se refiere a la teoría del peatón distraído, a las manifestaciones del municipio, y a que la sentencia lleva hacia una nueva regla del derecho, pues tales expresiones sólo traducen la postura de los apelantes tendiente a justificar la liberación del chofer del camión al invocar que las conductas de la víctima y de la madre operaron como eximentes totales de responsabilidad. Por lo demás, las manifestaciones del municipio codemandado en lo que hace a que los niños se encontraban en la vereda carece de toda relevancia, pues en definitiva la circunstancia que estuvieran en la calle, y el menor allí estaba, es demostrativo de la imprudencia del chofer.----------

--- Por lo expuesto, se desestiman los agravios de ambos codemandados y citada en garantía en cuanto a la mecánica del accidente.----------

--- 3. Paso ahora a considerar la impugnación de la parte actora por el rechazo del rubro valor vida que el juzgador analizó como pérdida de chance (p. VI. a., fs. 411 vta./412 vta.). El razonamiento esencial para la desestimación de ese rubro luce a fs. 412/vta. al señalar: “La chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma aun con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad (CNCiv., Sala F, 4/7/03, "Gómez, Mario c. Ciudad de Buenos Aires", LL 2004-B, 686 y RCyS 2005-I, 114). Cuando ello no es posible, la chance perdida no es indemnizable. El reconocimiento de un resarcimiento por chance perdida no puede implicar hacer tabla rasa con la exigencia de certeza del daño y con la limitación de imputación de las consecuencias remotas, ambos parámetros vigentes en nuestro derecho, a tenor de los arts. 1067 y 906 CC (LÓPEZ MESA, M., "Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación...", en "Revista de Derecho de Daños", Edit. Rubinzal y Culzoni, t. 2008-1, p. 21). La chance de ayuda futura de un hijo a un padre padece –cualquiera sea la madurez del joven occiso- una serie de aleas, que no pueden obviarse. Cuanto menor es el niño, mayor es el alea; así, esta posibilidad de ayuda resulta cada vez más lejana cuanto menor es la edad del hijo

fallecido y la chance es cada vez más remota, por lo que llega a un punto en que el daño no es cierto y ni siquiera futuro, sino puramente eventual e hipotético y por lo tanto no indemnizable".----------

----Al respecto, los coactores efectúan la cita de un voto del Dr. Lucero y ponen de relieve que viven en la pobreza, que sobreviven gracias a la ayuda estatal, y que sus ingresos apenas alcanzan para satisfacer las necesidades más básicas. Agregan que resulta lógico presumir con alto grado de certeza que en su vejez necesitarán la asistencia material de sus hijos. Estiman que las consideraciones vertidas por la Sra. jueza sólo podrían aceptarse en un entorno familiar de solvencia económica, que la pérdida de chance no es susceptible de prueba certera de dicha frustración, y que su situación económica configura un dato concluyente sobre el grado de probabilidad que habilita la procedencia de la indemnización reclamada por ese concepto. ----------

----En lo que hace al voto del Dr. Lucero, se trata del caso "G. R.", c. 15.436, S.D.C. 06/04, en la que el suscripto intervino como segundo votante. En tal sentido, para otorgar la pérdida de chance tuve en consideración en esa causa que de la prueba documental acompañada con la demanda resultó que era un menor que contaba con 16 años y cursaba el 4° año en el colegio P. J. M. de la ciudad de Trelew. Y tales datos fácticos permitían contar con un mínimo de certeza sobre el perjuicio alegado, ya que la víctima que cursaba estudios secundarios en su cuarto año acorde con su edad, estaba en condiciones objetivas de culminar tales estudios normalmente, insertarse en el mercado laboral y lograr beneficios económicos, aunque no inmediatamente, sí en un tiempo cercano, de no haber mediado su fallecimiento. No se trató en ese caso de una posibilidad general y vaga, sino de una probabilidad suficiente que genera la chance resarcible. Tuve entonces en cuenta principalmente esa edad y la circunstancia de cursar estudios secundarios ya avanzados, lo que le hubiere permitido probablemente insertarse en el mercado laboral, incluso alcanzando previamente una educación de nivel terciario. ----------

----De tal modo, el antecedente citado por la apelante nada tiene que ver con el presente caso ya que el menor fallecido contaba con dos años de edad, por lo que no se presenta tal probabilidad.----------

--- Por eso se señala que si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse (Bustamente Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, novena edición, 1997, par. 356, pág. 179). En ese aspecto, se expresa que: "Para que resulte resarcible a título de chance perdida es exigible algo más en la escala de los valores lógicos que lo meramente *posible*, debiendo aparecer en cambio la *posibilidad* lo bastante fundada como para que, transformándose ya en *probabilidad*, configure una chance indemnizable (mis votos en precedentes de esta Cámara y Sala, S.D.C. 4/92, 38/94, 6/95, 44/99, 37/09)" (del voto del Dr. Velázquez, sala "A", c. 180/11, S.D.C. 19/11). Atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la "pérdida de chance", para que proceda la reparación es preciso que la

posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad, sino en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada, a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad, y aunque su proyección sea futura, no lo sea meramente eventual o hipotética (S.C. Mendoza, sala 2ª, 31/10/79, “Falasco, Jorge D.”, J.A. 1980-I, 196). Y que si se trata de una posibilidad simplemente general o vaga corresponde el rechazo de la reparación para evitar acoger un daño cuya proyección futura sea meramente eventual o hipotética (doctrina sentada por el S.T.J., c. 15.628, “L.R. y otra c/Administración de Vialidad Provincial de la Provincia del Chubut s/daños y perjuicios”, S.D. 2/96, Boletín Judicial N° 15, Marzo/Junio, 1996, pág. 31). ----------

--- Con tales pautas, toda vez que en la presente causa el menor contaba con dos años no existe un contexto objetivo idóneo para que proceda la resarcibilidad de la chance ya que apreciada la oportunidad de obtener una ganancia no se advierte la probabilidad de convertirse la misma en cierta. ----------

--- Por tales razones se desestima el agravio. ----------

--- 4. Ambas partes apelan el monto del daño moral otorgado. ----------

--- 4.1. El codemandado T. y la aseguradora entienden que esa suma es excesiva, exagerada, y no ajustada a los precedentes del foro. Con relación a esta queja se advierte que la misma se ciñe a estimar que el monto es excesivo sin brindar razón alguna, en tanto que la referencia “a los precedentes del foro” carece de una crítica concreta pues no individualizan a que precedentes se refieren. ----------

--- Se trata de una mera apreciación personal, en todo caso un disenso que no se hace cargo de las razones expuestas por el juzgador a fs. 414/415, por lo que no hay agravio que atender. ----------

--- Por tales consideraciones, también propicio la deserción parcial de este tramo de la queja por insuficiencia técnica de la expresión de agravios (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). ----------

--- 4.2. Los actores consideran que la cifra establecida de $80.000.- para cada uno de los padres es exigua y citan jurisprudencia. ----------

----En tal sentido, cabe considerar cual es el método que debe seguirse para liquidar en dinero el quantum del daño, para luego establecer la fecha a partir de la cual debe adicionarse intereses al capital. Así, corresponde distinguir la estimación y liquidación de los valores (*aestimatio y taxatio*) y el momento en que la víctima adquiere el derecho de ser resarcida. Y en este aspecto, cuando el juez liquida en dinero el *quantum* de los daños debe partir de la base, como dice Puig Brutau, que “el dinero es el sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con valor intrínseco”. Salta a la vista, entonces, que ese *quantum*, la suma de dinero, es la medida del valor a reparar. Como tal medida, debe responder a una estimación de valores al momento en que se hace su liquidación. Desde esta perspectiva cobra todo su sentido la afirmación reiterada en muchos fallos de que en los casos en que la determinación del monto indemnizatorio

tiene lugar por vía de un pronunciamiento judicial, el daño resarcible debe ser valuado, en principio, al tiempo de la sentencia definitiva, lo cual impone efectuar los reajustes que sean del caso teniendo en cuenta incluso la depreciación monetaria operada. El momento de la sentencia liquidadora -se ha dicho- es relevante en orden a la medida del daño, en cuanto tiene en consideración el valor que en *tal momento* subsistiría en el patrimonio del perjudicado si el daño no se hubiese producido, por lo que se pretende crear, por mediación del resarcimiento a favor del perjudicado, una situación correspondiente a aquella que existiría de faltar el daño ocasionado. Debe distinguirse, sin embargo, entre la valoración de la medida del daño y la, propiamente, liquidación del mismo. Lo que Ascarelli denomina, respectivamente, la *aestimatio* y la *taxatio* (Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, 1982, par. 63 y 64, págs. 204/205). En consecuencia, por tratarse de una deuda de valor su estimación debe efectuarse al momento del dictado de la sentencia, por lo que a los fines de establecer una indemnización adecuada al caso, debe también considerarse la importancia del daño ocasionado y el lapso que transcurrió desde el momento del hecho. Así, la modificación de la situación económica es un aspecto que corresponde ponderar, tal como ya lo sostuviera en c. 387/09, S.D.C. Nº 48/09, y c. 391/10, S.D.C. 09/11, motivo por el cual la armonización de las reparaciones en casos semejantes requiere inevitablemente considerar el deterioro del signo monetario en función a la fecha de los respectivos pronunciamientos. ----------

----Y en la última de las causas citada precedentemente consideré adecuado establecer el monto de $75.000.- para cada uno de los progenitores. A su vez, en c. 374/11, S.D.C. 02/12, tuve en consideración que en el caso de la muerte de un hijo difícilmente pueda concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que la muerte de un hijo, por su intensidad y perdurabilidad. “La vida de los hijos -dice Mosset Iturrraspe- representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida”. Los precedentes jurisprudenciales en tan sentido abundan. Poco importa la edad del damnificado: sea un niño de corta edad, o un adulto, el detrimento espiritual es siempre grave e igualmente relevante para el Derecho. La prueba del daño moral se determina por vía presuncional o indiciaria, *in re ipsa*, a partir de la acreditación del vínculo y de la muerte del hijo (Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral”, Editorial Hammurabi, 1996, par. 43, págs. 235/237, y cita de jurisprudencia, notas nos. 64, 65, y 67). Cuando se trata de un hecho ilícito, la configuración del daño moral, no requiere pruebas extrínsecas o directas debido a que es un daño *in re ipsa*, vale decir que ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. El daño moral en los casos de delitos o cuasidelitos surge *re ipsa*, es decir, por la sola comisión del hecho ilícito y no requiere prueba concreta alguna tendiente a acreditarlo. Tratándose de un hecho ilícito,

el daño moral se presume cuando de él se deriva la muerte o lesiones físicas o psíquicas a una persona (prueba *in re ipsa*) ... Cuando se trata de la muerte de un hijo, la existencia del daño moral se debe tener por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante, de suerte que es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral (López Mesa, M. J., "Código Civil ...", Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, págs. 418/419). Ante el homicidio del hijo, el progenitor sufre por su quebranto personal, a raíz de esa ausencia irreversible y, además, por el menoscabo de aquél, pues la mutilación de las expectativas existenciales del descendiente se convierte en sufrimiento de los padres. Igualmente y desde luego, la muerte de un hijo se siente con superior gravedad a la de un progenitor. Pues los hijos pueden seguir adelante con su propia vida (aunque con notorias dificultades por desvalimiento en los primeros estadios existenciales o a raíz de impedimentos psicofísicos especiales), mientras que la de los padres está inseparablemente ligada a la de los seres a quienes dieron esa vida. ... sí es verdad que, salvo anómalas relaciones paterno-filiales, la pérdida de una vida es hipótesis de extrema nocividad cuando se trata de un hijo, que produce un desgarramiento difícil de imaginar, y cuya tragedia se agiganta en comparación con el deceso de otros seres queridos (Zavala de González, Matilde, "Daño moral por muerte", Astrea, 2010, págs. 227, 228, y 235). Con ese alcance, por tratarse de la muerte de un hijo único de poco más de 17 años y que además los padres demostraron la necesidad de tratamiento psicológico, se fijó la suma de $100.0000.- para cada uno de los padres. ----------

--- En ese marco, en la presente causa si bien está acreditado que los actores tenían otros dos hijos, no puede dejarse de considerar que se reconoció el daño psicológico causado (ver p. VI. b., fs. 412 vta./414) y que, fundamentalmente debe ponderarse la corta edad del menor fallecido. Con tales pautas y atendiendo también al lapso transcurrido desde el último decisorio citado, las circunstancias del caso concreto y la armonización con casos semejantes me llevan a estimar, en uso de las facultades previstas por el art. 167 del C.P.C.C., que resulta prudente adecuar los importes establecidos para elevar el monto en concepto de daño moral a la suma de $120.000.-, para cada uno de los padres.----------

----En tales condiciones, corresponde acoger favorablemente el agravio vertido por la parte actora respecto a la cuantía del daño moral. ----------

----5. Finalmente corresponde ingresar a la queja del codemandado T. y la aseguradora respecto a la tasa de interés fijada al peticionar, con cita de dos pronunciamientos de la sala "A" de esta Cámara, la aplicación de la tasa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento, dado que existe identidad de períodos para considerar si la tasa del banco nacional ha sido más baja que la del B. del Ch. S.A.

------Dicho agravio no resulta atendible pues la aplicación de esta tasa de interés no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición

impuesta por el art. 280 del C.P.C.C. veda toda consideración. Así, se señala que en ejercicio de la jurisdicción plena que tiene el tribunal de alzada se encuentra limitado, siguiendo la terminología del citado artículo, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, R. G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 29 y 60, págs. 76 y 166, respectivamente). En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177). Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----Sólo agregaré que aún cuando los citados fallos no se conocían al momento de contestar demanda, la parte si conocía las tasas de interés aplicadas por ambas instituciones bancarias por lo que el requerimiento bien pudo plantearse oportunamente en la anterior instancia. ----------

--- Por tales razones, al no ingresarse al análisis del agravio la apelante en este tramo de la queja incurrió en deserción parcial del recurso. ----------

--- 6. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada para incrementar el capital de condena a la suma total de $254.400.-, correspondiendo $127.200.- a cada uno de los actores, confirmando la misma en todo lo demás que fuera motivo de agravios, y con la aclaración que se procede a salvar de oficio la omisión incurrida en la parte dispositiva del fallo con relación al importe de $400.- que no conformó la cifra total pues si bien se alude al monto de $174.000.- a renglón seguido se menciona que el importe en concepto de gastos terapéuticos psicológicos asciende a $14.400. ----------

--- La revocatoria que se propicia no hace necesario adecuar costas y honorarios ya que la elevación del monto de condena no altera las calidades de vencedor y vencido que presentan las partes en la anterior instancia, en tanto que los honorarios fueron

regulados en términos porcentuales, por lo que los mismos se adecuarán de modo automático al nuevo monto de condena. ----------

--- La desestimación de los agravios vertidos por los codemandados y el progreso de uno de los dos traídos por la parte actora, permiten delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de Alzada en un 80% a los codemandados y en un 20% a los actores, por resultar esos porcentajes adecuados a las porciones de fracaso y éxito obtenidos por los apelantes en esta instancia (art. 72 del C.P.C.C.). ------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios propuestos por el Dr. De Cunto a favor del letrado patrocinante de la parte actora, los de los letrados apoderados del municipio codemandado, en conjunto, y los del letrado apoderado del codemandado T. y de la aseguradora citada en garantía, en las sumas porcentuales equivalentes al 30%, 26%, y 26%, respectivamente, de las cantidades establecidas para la primera instancia (arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente. ----------

--- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Revocar parcialmente el fallo apelado al mero efecto de incrementar el monto de condena a la suma de **pesos doscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos ($ 254.400),** los que se distribuyen en $ 127.200 a cada coactor, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio. ----------

--- II.- Imponer las costas de esta sede en un 80% a los codemandados y en un 20% a los coactores (conf. art. 72 del rito). ----------

--- III.- Regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. E. O. R. en un 30% de lo regulado a los letrados de la actora en la instancia de grado; a los Dres. E. G. y M. B., en conjunto, en un 26% de lo establecido en la sede anterior para los letrados del ayuntamiento codemandado; y al Dr. R. G. W., en un 26% de lo que le fuera regulado en la primera instancia; en todos los casos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley arancelaria, y leyes 23349 y 23871). ----------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero y haber coincidencia de opinión (arts. 7 y 8, Ley V –

Nº 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

----REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado al mero efecto de incrementar el monto de condena a la suma de **pesos doscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos ($ 254.400),** los que se distribuyen en $ 127.200 a cada coactor, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio. ----------

----IMPONER las costas de esta sede en un 80% a los codemandados y en un 20% a los coactores (conf. art. 72 del rito). ----------

----REGULAR los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. E. O. R. en un 30% de lo regulado a los letrados de la actora en la instancia de grado; a los Dres. E. G. y M. B., en conjunto, en un 26% de lo establecido en la sede anterior para los letrados del ayuntamiento codemandado; y al Dr. R. G. W., en un 26% de lo que le fuera regulado en la primera instancia; en todos los casos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley arancelaria, y leyes 23349 y 23871). ----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- --------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2013 – SDC.- Conste.- ----------