----En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. R. Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., A. c/ T. EL 22 S.R.L y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 525 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 652.----------

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

---1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 622 de acuerdo a la aclaración formulada a fs. 632, que fuera concedido libremente a fs. 623, contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 610/616 que rechazó la demanda por daños y perjuicios entablada por A. T. contra T. El 22 S.R.L. y H. E. S., con imposición de costas a la parte actora vencida. ----------

----La expresión de agravios luce a fs. 638/644, el traslado conferido a fs. 647 fue evacuado por la aseguradora P. M. de S. del T. P. de P. a fs. 648/649 y vta., y el apelante expresa que de este dilatado proceso resulta una sentencia donde de manera subjetiva la Sra. Juez expuso desordenados fundamentos buscando congraciarse con la versión de los hechos traída por la aseguradora, siguiendo criterios de valoración de la prueba pericial que aplicaba el Dr. López Meza cuando integraba este elevado cuerpo, los cuales no se corresponden con la doctrina que actualmente sostiene el Superior Tribunal de Justicia. Señala que aquello de desmerecer el trabajo de los profesionales peritos que actúan en la jurisdicción, sin que existan en el expediente elementos objetivos de importancia que contraríen la opinión de quien se supone cuenta con acreditada solvencia técnica ante la misma Cámara al inscribirse como tal, fue habitual en los últimos años cuando el reconocido Juez buscaba sin ocultarlo superar al perito en las respuestas científicas del arte al que se dedicara el auxiliar, sin importar cuál arte o conocimiento científico el Juez debía escribir que conocía más de cualquier cuestión y no era ese proceder un análisis que pudiese resultar de la sana crítica, pero sin duda, entiende, alguna influencia aún se advierte de aquellas desmedidas apreciaciones de la prueba, y el acto jurisdiccional en crisis es una de ellas. Indica que en el caso se cuenta con una “pericia accidentológica” válida, practicada por el experto designado que entregó al expediente un dictamen con fundamentos sólidos y luego las explicaciones pedidas por una de las partes, sin desconocer que no reviste carácter vinculante. Entiende que en esta sentencia el Juez fue arbitrario al apreciar dicha pericia y destaca que aquel criterio por el cual el Magistrado revisaba conocimientos propios de un experto de cualquier oficio aún en ausencia de prueba que los desvirtúe, fue corregido

recientemente por el Superior Tribunal de Justicia en los autos “H., E. G. c/ L. S. ART s/ accidente de Trabajo (acción civil)” (Expte. 522/2015 C.A.T.) (024692/2017 014/18 SER), con voto de los Dres. Miguel Donnet y Mario Luis Vivas. Remarca que en el expediente que nos ocupa el Juez todavía considera que puede apartarse porque alguna definición o terminología utilizada por el perito le resulta sugestiva o porque cree que puede disentir en base a su conocimiento o experiencia sobre alguna circunstancia, cuando para apartarse de las conclusiones de una pericia que para el caso resulta necesaria y fundamental, confeccionada por alguien dotado para responder técnicamente en esta sede, no solo debe dar razones de peso suficientes y razonables, sino que debe estar avalado por constancias del expediente y causa agravio porque no ha existido aquí ningún argumento científico ni prueba capaz de desvirtuar el trabajo pericial de fs. 548/560vta. y por eso no puede aceptarse que en el párrafo 23 del considerando V escriba que la pericia no logró convicción por “incompatibilidad de sus fundamentos con elementos objetivos de prueba”, que omitió mencionar. Dice que cayó en el error de extraer conclusiones contradictorias en el párrafo 9 del V considerando al fijar como hecho controvertido “el lugar por donde cruzó el actor “, ya que la aseguradora dijo que no era peatonal. Agrega que ese hecho jamás fue controvertido, incluso no fue negado por El 22 SRL ni por el chofer demandado en sus respectivas contestaciones de demanda. Señala que en el considerando V párrafo 7mo, el Juez destacó que la citada en garantía dijo “que quien cruzaba la arteria por senda que no era peatonal y con total descuido, fue el actor” y más adelante en el párrafo 26 afirmó que le resultaba sumamente llamativo por dónde cruzó el actor, concluyendo con eso, que le asiste razón a la aseguradora cuando afirmó que T. cruzó por una senda que no era peatonal. Dice que ello se contradice con su fundamento dado en el párrafo 28 del mismo considerando donde citó doctrina pacífica que habla de la falta de trascendencia de la cuestión de si estaba o no demarcada la senda peatonal, e incluso la define como “la calzada que resulta de la prolongación ideal de las aceras correspondientes a las arterias que intercepta aquella que el peatón cruza”. Dice que por eso senda peatonal no es únicamente el espacio demarcado. Entiende que es inexplicable entonces por qué considera V.S. este hecho como controvertido y no habilitado el lugar donde inició el cruce el actor, cuando hasta la propia legislación vigente define la irrelevancia de la demarcación, así la Ley 24.449 art. 5 inc. t) y Ley XIX 26 por la cual Chubut se adhiere a la ley nacional y no se rindió prueba alguna en contrario. Estima que se apartó de la ley y de la lógica lo que refiere el Juez, porque no pudo resultarle llamativo que un peatón de 75 años cruce por ese lugar habilitado como establece la ley y no intente el camino más largo para cruzar a la vereda de enfrente. Sostiene que ha seguido a ciegas un razonamiento que se orienta a no pagar indemnizaciones y no busca la verdad, porque debía ser considerado un hecho admitido por las partes que el lugar de cruce era senda peatonal definida en la ley, errando en ese punto porque de haber considerado que T.

inició el cruce de calle en zona autorizada debía exigirle al conductor profesional del colectivo de P. que no es un hombre medio en la conducción, mayor precaución en su maniobra conforme el juego de los arts. 512, 902 y cctes. del anterior Código Civil. Manifiesta que no es caprichoso lo que expone respecto de que la sentencia ha seguido el razonamiento equivocado de la aseguradora, porque escribió en el párrafo 21 de sus considerandos que adhiere y da por reproducidas las palabras vertidas por el letrado de la aseguradora a fs. 580/581, lesionando de ese modo el derecho constitucional de defensa de esta parte, dejándolo sin poder ejercitar sobre ese párrafo una crítica al criterio/s que estarían compartiendo el Juez y el letrado de la contraria, dado que tratándose de supuestas “contradicciones en que incurrió el perito”, se ve imposibilitada de conocer si esas supuestas contradicciones son las que puntualmente se ocupa de criticar en este recurso ante la Alzada por no ser tales o si existen otras de aquella presentación de la aseguradora que tuvo en cuenta el sentenciante, apartándose de su obligación de suficiente motivación (art. 18 y 19 Constitución Nacional) al no explicar aquello con lo que coincidía ni haberlo transcripto. Señala el recurrente que en el párrafo 9 del V considerando destacó el Juez como hecho controvertido “conocer quién fue el embistente”, errando una vez más en su valoración de la pericia accidentológica porque el trabajo del perito R. M. R. realizado con los elementos existentes y varios años después no era observable por ninguna de las cuestiones que destaca el Juez. Considera que pasó por alto que el dictamen del auxiliar de la justicia debe ser considerado idóneo en sí mismo y de importancia para formar opinión porque de otro modo la ley procedimental no hubiese impuesto expresamente que para apartarse deba exponer cuáles son las razones de entidad y en el caso no han existido, porque su trabajo fue coherente y completo. En cuanto a la “visibilidad” que tuvo el conductor del T. P. en el momento del hecho, manifiesta que el Juez consideró que el perito afirmó existía una “percepción aplazada” sin contar con elementos objetivos (párrafos 15 y 16 del Considerando V de la Sentencia) lo cual le causa agravio. Sobre la visibilidad que tuvo el conductor señala que el árbol existente en esa esquina estaba podado a una altura superior a los 3 metros como muestra la fotografía descripta por el perito en su trabajo como “vista panorámica hacia ochava oeste del cruce bocacalle”, contando ese árbol de esa esquina sobre calle España con medio metro de diámetro en su tronco. Indica que como muestra la fotografía superior de esa misma página de la pericia accidentológica (página 8), al iniciar la senda peatonal no demarcada donde se accidentó T., existía también otro árbol, de menor envergadura de tronco y podado en altura, pero que bien podía ocultar la figura del actor, de estatura normal como surge de la pericia médica y de la información suministrada por la clínica San Miguel de Trelew al expediente, para quien conduce esos tramos finales antes de doblar por la mano más próxima a la curva, sumado a que el perito explica muy bien y se constituye en el lugar el mismo día del año a la misma hora aproximada del siniestro, en día soleado como el del hecho,

dictaminando que el sol molestaba la visibilidad del colectivero. Formula interrogante en cuanto a cuál es la falta de objetividad que detecta el Juez. Sobre la “velocidad” del vehículo dice que el perito contestó en base a lo que pudo determinar con los elementos existentes, siendo verdad que no llegó a precisarse la velocidad exacta de circulación en el momento del hecho. Entiende que ello no puede significar ninguna contradicción como la que destaca el considerando 14, donde afirma que el perito concluyó a pesar de eso, que podría haberse evitado el accidente si el vehículo transitaba a velocidad moderada realizando el giro en forma controlada (punto D de su trabajo) y realmente el perito luego de observar el entorno y el tránsito, no dijo otra cosa que la manera como resuelve el tema la ley nacional de tránsito en cuanto a reglas que deben respetarse en el giro de un automotor. Además de la velocidad, agrega que siendo cierto que el lugar por donde cruzó el actor era senda peatonal, estaba autorizado su cruce y que existió contacto del vehículo y sus partes con la persona lesionada, sin perjuicio que tal cuestión dejó de tener importancia al aplicarse a favor del actor la presunción contenida en el art. 1113 del Código Civil. Manifiesta que el perito calculó el radio de giro y si bien dijo no poder calcular el radio exacto el chofer sí debió extremar precauciones considerando el tamaño de la unidad, entorno y tránsito vehicular y peatonal. Expresa que el perito también contestó acerca de la parte de la unidad de colectivo que embistió al actor. En lo que hace al esquema de responsabilidad que trata la sentencia en los párrafos 22, 23, 26 y 29 del considerando V, se agravia ya que el juzgador ha exigido subjetivamente al peatón que respete máximas de experiencia y como su idea fue coincidir con la opinión de la aseguradora, exige mucho más al peatón a lo largo de su análisis que al conductor profesional del T. P. de P.. Agrega que el a quo omitió que de la pericia surge o se revela un grado de imprudencia y desatención del chofer profesional que lo responsabiliza incluso por culpa, a partir del sólo hecho de haber ocurrido de manera efectiva el accidente dañoso cuando pretendía traspasar conduciendo un colectivo de la línea El 22 la senda peatonal habilitada no demarcada con un peatón que tenía permitido el paso al existir semáforo en rojo para vehículos que circulaban por Urquiza. Asimismo remarca que la a quo omitió que ese lugar del hecho, debió haber sido observado por el chofer de manera prudente, conociendo que en esa esquina y por esa senda peatonal normalmente cruzan personas. Además señala que la sentenciante omitió tener presente que el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito fija las circunstancias en las cuales todo conductor debe ceder siempre el paso en forma absoluta, cuando en el inc. e) dice que tienen prioridad los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón, presunción hoy reconocida en el CCyC. Afirma que existiendo tales presunciones y acreditado el contacto entre las ruedas del colectivo y su carrocería lateral izquierda como indica el perito y que el lugar de cruce estaba habilitado, era aplicable la presunción contenida en el art. 1113 del Código Civil al no estar acreditada ninguna conducta imprudente del

peatón. Finalmente también se agravia de que el juez a quo omitiera considerar lo invocado en el escrito de promoción, donde afirmó que en el supuesto caso de no ser acreditados los hechos que hacen a su pretensión, correspondía aplicar la presunción contenida en el art. 64 de la Ley Nacional de Tránsito. Peticiona se revoque la sentencia en todas sus partes, con costas.----------

----A su turno, al contestar el traslado conferido la empresa aseguradora destaca que en la causa citada por la contraria “H. C. La S. ART” se trató de un accidente laboral encuadrado en el derecho civil en el que el S.T.J. hizo lugar a una casación revocando la sentencia dictada por la Sala A en la que se había sostenido que cuando no se puede determinar cómo sucedió el hecho, porque la actora no lo ha probado, no se puede hacer lugar a la demanda en el marco del derecho común por lo que debió recurrir al sistema de la ley de riesgos del trabajo para lo cual no debía demostrar los extremos de la responsabilidad civil. Con esa introducción entiende que el juez se aparta con buen criterio y fundamentos de lo dicho por el perito, cuya práctica la impugnó, pedido explicaciones y luego nuevamente impugnada en ocasión de presentar alegato. Remarca que en tales ocasiones se contó con el asesoramiento de perito experto, jefe del área de la policía de la provincia. Indica que el propio demandante respondió al interrogatorio que se le formulara al absolver posiciones que al cruzar desde España hacia Urquiza, lo hizo sólo, pues las otras personas que se encontraban en su misma situación, esperando para cruzar, no lo hicieron. Y ello, entiende, es claramente explicativo de que fue el actor quién embistió al colectivo, pues al hacerlo en su parte trasera es obvio y evidente que al ya haber traspuesto éste casi la totalidad de su estructura, pudo muy bien el Sr. T. observar la maniobra de giro hacia la izquierda que tomó. Agrega que cómo podía advertir el chofer del automotor la presencia del peatón, si ya lo había sobrepasado. Manifiesta que también es cierto que no cruzaba el demandante por la senda peatonal. Indica que pese a que el perito dice que el hecho se produjo sobre ésta, el croquis que presenta ubica a las sendas de referencia sobre las encrucijadas, como corresponde y se observa que el actor no lo hacía por ella. Expresa que, como lo pone de manifiesto la magistrada, refiere el perito que el hecho se hubiera podido evitar si el vehículo hubiera circulado a velocidad moderada, pero antes sostuvo que no podía determinar velocidad: incongruencias, dice la citada en garantía, que descalifican la pericia. Entiende que se limitó a exhibir generalidades y manifestar, entre otras cosas, que la actividad de esta citada en garantía se orienta a no pagar indemnizaciones y no buscar la verdad. Asimismo señala que no hay un principio “pro víctima” que opere fuera del sistema normativo. Solicita se confirme la sentencia en todas sus partes, con costas. ----------

----2. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios destaco que resulta aplicable al caso las disposiciones del Código Civil en cuanto a los presupuestos de responsabilidad en atención a que el accidente acaeció el 18 de julio de 2011 durante la vigencia de ese

ordenamiento pues el Código Civil y Comercial (ley 26.994) recién entró en vigencia a partir del 01/08/15 (ley 27.077), tal como lo determinara el juzgador a fs. 611 vta., aspecto que no fuera objeto de controversia. ----------

---Al respecto, el art. 7 del Código Civil y Comercial dispone que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, al igual que lo estableciera el art. 3 del Código Civil. En tales condiciones, juega la noción de consumo jurídico por lo que corresponde diferenciar los hechos pasados que agotaron su virtualidad, los hechos en curso de desarrollo, y las consecuencias no consumadas de los hechos pasados. Por eso se expresa que la primera cuestión, ha de resolverse, según nuestro criterio, conforme a la noción de "*consumo jurídico*". Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley y si se los afectara se incurriría en retroactividad. En cuanto a los hechos "in fieri" o en curso de desarrollo, pueden ser alcanzados por el nuevo régimen, por no tratarse de hechos cumplidos bajo la legislación anterior, y por tanto cuando se les aplica la nueva ley no se incurre en retroactividad. Finalmente, las consecuencias no consumadas de los hechos pasados, caen bajo la nueva ley, especialmente cuando su eficacia no depende enteramente del hecho que las origina sino concurrentemente de la fecundación obrada por el porvenir. Porque estando este porvenir sujeto a la acción del legislador, éste puede en cualquier momento interferir en el régimen de aquello que le está sujeto (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Editorial Perrot, 2da. ed. act., 1964, T. I, par. 167, pág. 140). Conclusiones que se mantuvieron después de la reforma introducida por la ley 17.711 al señalar que las consecuencias de tal relación o situación, que son gobernadas por las nuevas leyes que se dicten, son las derivaciones de hecho que reconocen su causa eficiente en aquellos antecedentes. Tales consecuencias, aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las leyes, pues lo impide la noción de *consumo jurídico* (Llambías, Jorge Joaquín, obra y tomo citado, vigésima edición actualizada por Raffo Benegas, Patricio, LexisNexis, 2003, par. 167 bis, págs. 127/128). Con ese alcance, en cuanto a los hechos pasados que agotaron su virtualidad -doctrina de los hechos cumplidos- y con expresa referencia al art. 7 del C.C.yC. se precisa que la nueva ley no puede afectar consecuencias posteriores a su entrada en vigor, cuando tengan relación de causa a efecto con el hecho cumplido bajo la vigencia de la ley antigua. …Los efectos propios de un hecho o acto por estar incorporados en él se regirán siempre por la ley existente en el momento de su constitución (Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", La Ley, 27/04/15). Por eso se afirma que "…si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil…" (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones

jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", La Ley, 02/06/15). Las situaciones y relaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo habría retroactividad. Por lo tanto: …Los hechos ilícitos se rigen por la ley que estaba en vigor al tiempo en que el hecho ilícito se produjo, pues ese es el momento en que se establece la relación jurídica entre los agentes del hecho (Rivera, Julio César, "El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", eldial.com, 07/08/15, Año XVIII, N° 4293). ----------

---Ello, sin perjuicio de aplicar si correspondiere el Código Civil y Comercial en cuanto a la cuantificación del daño ya que ese aspecto se refiere a las consecuencias de la obligación de reparar. Así se expresa que: Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La S. operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. S. parte", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pag. 234). ----------

---Dicho lo anterior, es de señalar que el art. 1 de la O. M. N° 5490/96, Municipalidad de Trelew, en su artículo 1 adhiere a la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, por lo que también será de aplicación al caso esta normativa en razón de que el hecho acaeció en esta ciudad. ----------

---3. Al ingresar a los agravios expuestos por el recurrente destaco que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que expone, lo dirimente es determinar si existió una conducta de la víctima que permita eximir total o parcialmente de responsabilidad a los codemandados, y en su caso si corresponde atenerse al dictamen pericial accidentológico producido en estos autos o por el contrario apartarse del mismo. ---------

---La aplicación del Código Civil en materia de responsabilidad lleva a considerar, respecto del segundo apartado del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, que a pesar de las deficiencias en la redacción que se le han atribuido a esta disposición, una importante mayoría doctrinal y jurisprudencial acepta la existencia del riesgo como factor específico de responsabilidad. Se considera que la admisión de la responsabilidad por el daño "causado por el riesgo de la cosa", ha significado acoger en el ordenamiento argentino la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, conocida desde fines del siglo XIX como "teoría del riesgo creado", conforme a la cual se habrá de responder no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del cual, como condición sine qua non, provino el daño (Aréan, Beatriz A., "Juicio por accidentes de tránsito", Editorial Hammurabi, 2005, T. 1, págs. 78/79).-- Así, los factores objetivos son los que no tienen en consideración la reprochabilidad de la conducta del responsable sino alguna otra razón por la cual es justo provocar el desplazamiento de las consecuencias económicas del daño sufrido por una

persona hacia otra. Para reconocer los supuestos de responsabilidad objetiva, es menester analizar cuáles son las excusas absolutorias admitidas por la ley. Existe responsabilidad objetiva toda vez que la prueba de la diligencia debida es insuficiente para liberar al sindicado como responsable. En la órbita de la responsabilidad extracontractual objetiva existen supuestos en los que la prueba de la inculpabilidad no libera, siendo menester acreditar la causa ajena del deudor (Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, “Factores objetivos de atribución”, en Mosset Iturraspe, Jorge, Director, “Responsabilidad civil”, Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, capítulo X, par. 88 y 93, págs. 188 y 196, respectivamente). Cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona. Teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabilidad tiene carácter objetivo y el factor atributivo es el riesgo creado, de nada sirve al dueño o guardián probar que de su parte no hubo culpa. Para eximirse de responsabilidad sólo le resta demostrar la interrupción del nexo causal, mediante la alegación y prueba de un hecho extraño al riesgo de la cosa, que interfiera en el proceso y tenga virtualidad suficiente para determinar por sí solo el daño ocasionado. (Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, 9a. ed. act., 1997, par. 922 y 1066, págs. 381 y 421, respectivamente). Y del art. 1113 del Código Civil surge que le corresponde al dueño o guardián acreditar la actuación de una causa ajena a la producción del daño, sea el hecho de la víctima o la culpa de un tercero por quien no deba responder. Y digo “hecho” y no culpa de la víctima pues los deberes jurídicos existen únicamente frente a otras personas y no frente a sí mismo y lo que comúnmente se llama “culpa de la víctima” es la conducta por la cual el agente se perjudica a sí mismo (ver Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., “Código Civil y leyes complementarias”, Editorial Astrea, 1984, T. 5, pág. 389). Cuando el daño se produce en virtud de que ha actuado una cosa que presenta riesgo o vicio, con arreglo a lo establecido por el art. 1113, S. parte, in fine, del Código Civil, los responsables son el dueño o guardián de la cosa que lo generó, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima (o de un tercero) ha excluido o limitado la responsabilidad de aquéllos generando causal o concausalmente el evento dañoso o que la cosa ha sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. En caso de intervención de dos cosas riesgosas en los términos del art. 1113, párr. 2º, S. parte, del Código Civil, no opera ninguna neutralización de los riesgos derivados de la actuación de cada una de ellas, por lo que cada dueño o guardián debe afrontar los daños causados al otro, a menos que demuestre la concurrencia de alguna excepción legalmente prevista (López Mesa, M. J., “Código Civil y Leyes complementarias”, Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, págs. 662/663 y 672, respectivamente).----------

----Con ese alcance, y desde que se encuentra reconocido que hubo un contacto del peatón (A. T.) con la cosa (ómnibus dominio FLU 584) y el fundamento de la

responsabilidad tiene carácter objetivo y el factor de atribución es el riesgo creado, es evidente que le correspondía a los codemandados acreditar la interrupción del nexo causal por una causa ajena a la producción del daño, sea el hecho de la víctima o la culpa de un tercero por quien no deba responder.----------

---En este aspecto, la codemandada T. El 22 S.R.L. y el codemandado H. E. Santillan invocaron como defensa que el peatón “pretendió transponer una bocacalle con total desatención” y “por un lugar no autorizado”, que “el carácter de embistente en este caso lo reviste el actor” y “que es obvio que los colectivos, al igual que cualquier vehículo, solo avanzan hacia adelante, por lo cual resulta imposible que un colectivo resulte embistente a un peatón con el lateral del mismo” (sic) (ver contestaciones, p. III, fs. 125/vta., y p. II, fs. 132 vta./133). Por su parte, la citada en garantía en similares términos postuló que el actor cruzaba la arteria por senda que no era la peatonal y con total descuido embistió con su humanidad el costado derecho posterior del colectivo (p. II, fs. 266). ----------

---Por eso, en atención a que los coaccionados le atribuyen la responsabilidad exclusiva al actor, en el marco de la eximente prevista por el art. 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 el supuesto de liberación total (ver Belluscio-Zannoni, obra y tomo citado, pág. 393; Areán Beatriz A., obra y tomo citado, fallos en págs. 98/102; C.S.J.N., Fallos 310:2103 y L.L. 1993-E, 470, mayo 11-993, “Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio y otra”), esto es, la liberación total por el hecho de la víctima requiere imprevisibilidad e inevitabilidad. ----------

---Y al ingresar al análisis de la cuestión observo que no le asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el juzgador cayó en error al fijar como hecho controvertido “el lugar donde cruzó el actor” ya que jamás pudo ser controvertido, agregando que incluso no fue negado por El 22 SRL ni por el chofer demandado en sus respectivas contestaciones de demanda (ver fs. 639 vta., segundo y tercer párrafo). ----------

----En efecto, si bien dichos codemandados no negaron en forma expresa ese hecho (ver Negativas, p. II, fs. 124/vta.; y p. I, fs. 132/vta.) al exponer sus consideraciones sobre los hechos controvirtieron ese dato fáctico. Así, como ya lo señalara T. El 22 S.R.L. manifestó que el peatón “pretendió transponer una bocacalle con total desatención, sino que lo hizo por un lugar no autorizado” (p. III, fs. 125, segundo párrafo), en tanto que H. E. S. expresó que el accidente se produjo por culpa exclusiva “del actor por haber atravesado una bocacalle por un lugar no permitido” (p. II, fs. 133, cuarto párrafo). Por otra parte, la aseguradora negó expresamente ese hecho (ver primera negativa: “Que el actor cruzara la calle por la senda peatonal”, p. II, fs. 264 vta.). ----------

---De todos modos, aclaro que tales negativas no significa que la carga de la prueba sea del actor pues precisamente la eximente que invocan los codemandados consiste en que

el peatón cruzó fuera de la senda peatonal, por lo que está a su cargo la demostración de ese hecho.----------

----Sobre el particular, el experto accidentológico en su pericia de fs. 548/560 y en su ampliación de fs. 573/578 acompañó una impresión de las fotografías tomadas por la Policía Científica que lucen en el CD de fs. 545 que obra bajo sobre. Dichas fotografías no han sido cuestionadas por ninguna de las partes, y de la posición final de la víctima (cartel individualizado bajo N° 1) claramente resulta que estaba atravesando la calzada por la senda peatonal en su prolongación longitudinal por no estar delimitada (art.5, t, ley 24.449) (ver S. fotografía, fs. 552, y dos fotografías, fs. 552 vta.). Es más, en la impugnación de fs. 566/569 la aseguradora a pesar de que se refirió al tiempo de desplazamiento admitió que el peatón ingresó y se desplazó sobre la senda peatonal imaginaria según manifestaciones de fs. 567, tercero y cuarto párrafo, a lo que se suma los croquis que efectuara esa parte a fs. 567 vta. en los que se observa ubicado el peatón sobre la línea imaginaria de la senda peatonal, todo lo cual coincide en este aspecto con lo referido por el experto al punto E de fs. 559 vta. ----------

---Por ello, sin perjuicio que el dato referido al lugar del cruce resultó controvertido en definitiva se encuentra acreditado que el actor cruzó por la prolongación imaginaria de la senda peatonal, hecho que por lo demás fue admitido por uno de los codemandados.

----Ahora bien. Los codemandados a su vez invocaron otra circunstancia como eximente de responsabilidad referida a que el peatón por su descuido fue el que embistió al ómnibus. Ante ese posicionamiento destaco que hubo una intervención activa de la cosa riesgosa, sin perjuicio de que está discutido si ese vehículo en su marcha embistió y daño al actor como lo sostiene esa parte (demanda, fs. 76 vta., último párrafo) y por lo tanto existe en el hecho responsabilidad que recae en cabeza de la parte demandada, o por el contrario si el peatón por su actuar y maniobra negligente traspuso la bocacalle con total desatención al no tomar los recaudos necesarios para cruzar la calle sin tener en cuenta la cantidad de tráfico vehicular que gira en esa encrucijada, por lo que literalmente choca el colectivo en la parte lateral, como lo alegan en su defensa los codemandados T. El 22 S.R.L. y H. E. S. (contestación, p. III, fs. 125 y p. II, fs. 132/133, respectivamente), esto es, el actor cruzó la arteria con total descuido y embistió con su humanidad el costado “derecho” (sic) posterior del colectivo como lo expone la codemandada P. M. de S. del T. P. de P. (p. II, fs. 266).----------

---En ese contexto, reconocido el contacto de la cosa riesgosa es carga de los codemandados acreditar que el peatón por su descuido fue el embistente. Al respecto, en atención a que la víctima se encontraba al momento del accidente sobre la calzada a 2,83 metros del cordón de la vereda, no debe olvidarse la costumbre inveterada de nuestros peatones que en lugar de esperar sobre la acera que el tránsito les permita cruzar; optan por hacerlo sobre la calzada, a veces a un metro o más del cordón (Areán Beatriz A., ob. cit., 2010, T. 2B, págs. 321/322). Digo esto ya que de las fotografías que

obran en el informe pericial accidentológico surge que la víctima de acuerdo a su posición final se encontraba sobre la senda peatonal a más de dos metros del cordón de la vereda lo que se aprecia a simple vista (ver fotografías de fs. 552 y 552/vta.), a lo que se suma que del plano realizado por el experto surge que se hallaba a 2,83 metros de la vereda (ver fs. 546). Y si el actor se encontraba sobre la senda peatonal a esa distancia del cordón de la vereda y el ómnibus ya había girado aproximadamente tres cuartas partes de su largo total que es de 11 metros al momento del impacto (ver largo total, dato en ficha técnica y manifestaciones del perito, fs. 547 vta. y fs. 559 vta., respectivamente), lugar que así resulta de la marca compatible con el aplastamiento de los miembros inferiores de la víctima que luce sobre la rueda trasera izquierda (ver S. fotografía de fs. 553 vta. en lo que hace al largo total del vehículo, y cuatro fotografías obrantes a fs. 574 y 574 vta. en cuanto al sector del impacto), es evidente que no cabe aplicar la prioridad de paso a favor del peatón que establece el art. 41, inciso e), de la ley nacional de tránsito por cuanto el ómnibus previo a que la víctima pretendiera cruzar por la senda peatonal ya había iniciado su giro y había traspuesto tres cuartas partes de su largo total al momento del impacto. De todo lo cual resulta que el peatón en forma imprudente pretendió cruzar la calzada cuando todavía el vehículo no había terminado el giro, imprudencia inexcusable que se advierte por la circunstancia que fue la única persona que intentó cruzar cuando pasaba el ómnibus (pliego, fs. 431, y respuesta a la quinta posición, fs. 432). Destaco que el largo del vehículo a la rueda trasera representa aproximadamente tres cuartas partes del mismo de acuerdo a lo surge de las dimensiones indicadas al pié de fs. 547 vta., para lo cual se tiene en cuenta el largo total (B), la distancia entre ejes y en el caso el eje trasero ubicado al medio de la rueda trasera (A), y los voladizos delantero y trasero (G y H, respectivamente). ----------

----En tales condiciones, la conducta asumida por la víctima resultó para el chofer imprevisible e inevitable pues si ya había efectuado la maniobra de giro y traspuesto tres cuartas partes del largo total del ómnibus su visión era hacia adelante, por lo que mal pudo advertir la presencia de una persona ubicada sobre el costado trasero izquierdo, más precisamente sobre la rueda trasera de ese sector. Por eso, la aparición de una persona sobre el costado trasero izquierdo resultó imprevisible para el conductor de la unidad ya que no pudo esquivarlo y también inevitable pues en ese aspecto su visión periférica no podía llegar hasta el lugar trasero del rodado en el que se produjo el impacto. Nótese entonces que las manifestaciones vertidas por el perito en el sentido que la existencia de árboles hacia la izquierda afectan sensiblemente la visión y que la posición del sol afecta la visibilidad (ver fs. 556 vta., segundo y último párrafo, respectivamente) son datos que carecen de trascendencia en este caso pues el chofer al momento del impacto se encontraba realizando el giro en maniobra ya avanzada por haber traspuesto gran parte del largo total del rodado y su mirada era hacia adelante y por tanto no podía ver lo que acontecía sobre el costado trasero izquierdo. Por lo demás,

acerca de la afectación de la visibilidad por la presencia de árboles, bien expuso el sentenciante a fs. 613, último párrafo, que: ***A lo anterior se suma que la experticia señaló que el conductor no tuvo buena visibilidad por los árboles, pero éstos el día del accidente estaban podados tal como en párrafos anteriores lo destaqué cotejando las fotografías tomadas por policía científica***. Por ello, el perito mal pudo ponderar en sus conclusiones que la causa principal del accidente fue la falta de percepción por parte del conductor (ver p. V, fs. 560). ----------

--Por ello, no resulta de aplicación a esta causa la presunción establecida en el art. 64 de la ley nacional de tránsito ya que el peatón carecía de prioridad de paso, y tampoco la duda que postula el quejoso al final de sus agravios ante la grave violación a las reglas de tránsito en que incurriera ya que en lugar de esperar sobre el cordón de la vereda pretendió cruzar sin esperar que el ómnibus terminara de pasar, todo ello en función de lo antes expuesto y lo que a continuación se desarrollará. ----------

---Agrego en cuanto a que el conductor tenía una percepción aplazada (ver p. F, fs. 560) que el perito no explicó adecuadamente tal afirmación pues las fases del accidente de tránsito comprenden la fase anterior, la fase de percepción, la fase de decisión, la fase de maniobra, la fase de conflicto y la fase posterior. Y la fase de percepción se compone básicamente de dos posiciones, las cuales comprenden los puntos de percepción posible y de percepción real. También se puede hablar de un accidente con “Percepción Aplazada”, en donde estas etapas alteran completamente el orden de ocurrencia. Estos son los casos en que se percibe la situación peligrosa luego de que esta ocurre, es decir, la fase de conflicto es precedida por la de percepción y luego por la de maniobra (ver Ing. Matamoros Hidalgo, Guillermo, “Elementos que participan en la incidencia de accidentes de tránsito”, disponible en w.w.w.creando conciencia.org.ar). Además, el punto de posible percepción (PPP) es aquel punto-instante de la trayectoria de un protagonista desde el cual es posible (para una persona sin impedimentos que la inhabiliten para conducir) *percibir* la existencia de un riesgo o peligro de accidente. El punto de posible detección (PPD) es el sitio-instante en el cual el protagonista ya podría haber completado la detección del riesgo o peligro, es decir podría haber tomado conciencia de que *algo* se ha presentado. El punto de percepción efectiva (PPE) es aquel punto de la trayectoria de un protagonista en el cual efectivamente se percata de que *algo* ocurre. El tiempo que transcurre desde el PPP gasta el PPE se denomina *demora en la percepción* o *tiempo de percepción*, es decir que es el lapso que media entre que el riesgo o peligro fueron percibibles y el instante en que efectivamente fueron percibidos. Como vemos, la demora en la percepción incluye la etapa de *detección*, del *tiempo de percepción* y *reacción* (Irureta, Víctor A., “Accidentología vial y pericia”, Ediciones La Rocca, 2011, págs. 128/130). Como puede observarse la demora o tiempo de percepción se vincula con la velocidad y por tanto si el perito no pudo determinar la velocidad no se explica cómo pudo concluir que el conductor tenía una percepción aplazada, o como

dijera el juzgador la percepción aplazada no es objetiva. Por eso, bien señaló a fs. 613 vta., segundo párrafo, que: ***Hecha ésta aclaración, también la pericia indicó que el conductor tenía "una percepción aplazada" (sic), pero -cómo bien se señaló en el pedido de explicaciones de fs. 566ref./569ref.- la percepción aplazada se relaciona con la velocidad y por ende con los espacios, y aquí el perito no pudo determinar la velocidad del colectivo, estableciendo una percepción aplazada no objetiva***. ----

----Destaco a su vez que en sus explicaciones el perito dijo que existió una percepción aplazada ya que el conductor del colectivo no pudo realizar una maniobra evasiva y/o de frenado que le permitiera evitar el impacto contra el peatón (ver p. k), fs. 578, primer párrafo), pero es evidente que el chofer no efectuó tales maniobras simplemente por cuanto no pudo ver a la víctima por encontrarse ubicada al momento del impacto sobre el sector trasero izquierdo del ómnibus cuando ya estaba efectuando en maniobra avanzada el giro de la unidad al haber traspuesto a ese momento aproximadamente tres cuartas partes de la misma.----------

----En cuanto a la velocidad del ómnibus el experto manifestó que: "No resulta posible el cálculo de Velocidades del rodado interviniente, teniendo en cuenta la escasez de indicios probatorios que permitan establecer valores objetivos" (ver fs. 559, segundo párrafo del punto D), y a renglón seguido, sin perjuicio de establecer la velocidad máxima, aludió a que el conductor del colectivo "debió realizar el giro … a una marcha moderada …" (ver fs. 559 vta.), de allí que entendió que "el accidente se podría haber evitado si el vehículo transitaba a velocidad moderada, realizando el giro en forma controlada" (ver conclusiones, fs. 560). Sin embargo, si el perito no pudo establecer cuál era la velocidad a la que circulaba la unidad, mal pudo concluir que no era una velocidad moderada y atribuir a ello la causa del accidente pues previamente indicó que la escasez de indicios no permitía establecer valores objetivos. Y en ese aspecto se evidencia que para alcanzar tal conclusión se basó en una mera hipótesis y es que la "mayoría de los conductores" al transitar por la calle España atraviesan los cruces anteriores utilizando la onda verde que habilita el sistema de semáforos y al girar hacia calle Urquiza se adelantan para tratar de llegar al cruce de la calle siguiente (ver manifestaciones de fs. 556 vta.), lo que le permitió al experto teorizar acerca de que el conductor del ómnibus no transitaba a velocidad moderada (ver conclusiones, p. V, fs. 560). Y digo hipótesis y teorización ya que el experto no determinó la velocidad a la que circulaba la unidad y la circunstancia que "la mayoría de los conductores" se adelantan para llegar al cruce de la calle siguiente no es dato comprobado en concreto en el caso de autos. También cabe observar que tal como lo indica el experto no se evidencian huellas de frenado, lo que fácilmente se advierte de las fotografías de fs. 552 vta., pero ello no impide considerar que el ómnibus se detuvo a poco metros del lugar del impacto como resulta de tales fotografías y también del plano que confeccionara y que obra a fs. 546 ya que a pesar de que en el mismo no estableció la distancia puede tomarse válidamente como

referencia la cantidad de metros que había entre el lugar del impacto y la vereda (2,83 mts.), lo que permite concluir que el ómnibus al momento de girar circulaba a escasa velocidad, máxime si se considera que el vehículo tiene un radio de 21,10 metros (ver pericia, párrafo final del punto D, fs. 559 vta.). ----------

----Así, al no determinar la velocidad a la que circulaba el ómnibus el perito no pudo concluir que el accidente se habría evitado si el vehículo transitaba a velocidad moderada, pues considerar que no iba a una velocidad moderada es una mera conjetura carente de sustento científico. Es por ello que el juzgador expuso a fs. 613, segundo y tercer párrafo, que: ***Es decir, al analizar la mecánica del accidente, el experto no pudo de manera objetiva determinar la velocidad que llevaba el colectivo al momento del siniestro, y llegó a una supuesta velocidad observando lo que hacen de manera genérica –en dicha encrucijada- todos los vehículos de T. urbano pertenecientes a la codemandada***.----------

---Párrafo aparte merece la conclusión a la que arriba el experto en cuanto a que el accidente se podría haber evitado realizando el giro en forma controlada ya que no explica cual fue la falta de control que tuvo el conductor, salvo que ello se deba a que el giro se realizó a una velocidad superior a la moderada, dato que no tiene el perito pues ya se señaló que no pudo establecer la velocidad de circulación, a lo que se suma que tampoco estableció el radio de giro. Por eso, el fallo a fs. 613, tercer párrafo, adecuadamente precisó que: ***También dijo que el accidente se podría haber evitado si el vehículo transitaba a velocidad moderada, realizando el giro en forma controlada, contradiciéndose al sostener, por un lado, que no pudo establecer de manera objetiva la velocidad del rodado y, por otro parte, basando su conclusión en una mera hipótesis sin fundamento objetivo; amén de haber señalado antes de llegar a las conclusiones que tampoco pudo determinar el radio de giro empleado***. En tales condiciones, destaco que al juez le corresponde dirimir el conflicto ya que el perito no juzga, sino que suministra elementos de hecho y conceptos de valor que le sirven al juez para pronunciar su decisión, mas sin obligarlo (Carnelutti, Francesco, “La prueba civil”, Arayú, 1955, N° 11, nota 138). El perito en ningún caso sustituye al juez ni puede éste hacerle abandono de su tarea propia (Gorphe, Francois, “De la apreciación de las pruebas”, E.J.E.A., 1955, págs. 42/43, 75, 260/261). Si los jueces no pudiesen apartarse del dictamen de los peritos quedaría acogida la doctrina de que éstos se desempeñan con autoridad jurisdiccional (S.C.Bs. As., junio 18-957, La Ley t. 90-535). De aceptarse ello el dictamen pericial resultaría imperativo para el juzgador y la sentencia sería adelantada por quien no es más que un auxiliar de la justicia. Consecuentemente, siendo el perito, como se ha explicado un mero auxiliar del juez, no puede pretenderse que su dictamen sea en manera alguna imperativo y obligatorio. Lo contrario, importaría acoger la doctrina que los peritos se desempeñan con autoridad decisoria dentro de los procesos o lo que es lo mismo, que las sentencias podrían ser, cuando menos

parcialmente adelantadas por quienes carecen de la facultad para decidir (SCBA, Ac. y Sent., 1957, v. III, p. 203; La Ley, v. 90, p. 535, SCBA, DJBA, v. 122, p. 101). 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). ----------

----Con tales alcances, en atención a las graves discordancias y contradicciones en que incurriera el perito accidentológico que lo llevó a incurrir en un grave error al exponer sus conclusiones, por las razones antes expuestas concluyo al igual que la Sra. Juez de la anterior instancia que el dictamen de ese experto carece de valor convictivo de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 481 del C.P.C.C.). En tal sentido, el dictamen pericial carece de valor vinculante para el órgano judicial cuando el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial se apoya en razones serias, es decir en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios de la lógica (ver Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1972, T. IV, pág. 720; idem, Falcón, E. M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, pág. 416).----------

----En esa dirección, si el juzgador se apegara ciegamente a las conclusiones del experto, tal como éste se las presenta, sin reparar en sus defectos, estaría delegando jurisdicción en aquél, quien vendría a ser el que resuelve si el hecho ha quedado o no demostrado en el juicio. La doctrina moderna considera indispensable que el juez asuma esta obligación a fin de que el perito no le usurpe la función jurisdiccional (Highton-Arean, dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2007, T. 8, págs. 555/556). Así, reitero que 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 del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1992, T. V-B, 427/428, y 455, y cita de pronunciamientos). ----------

----Por tales razones, al apartarme de las conclusiones del dictamen pericial y considerar que la víctima en forma imprudente pretendió cruzar la calzada cuando todavía el ómnibus no había terminado el giro, conducta que resultó para el chofer imprevisible e inevitable, propicio el rechazo de los agravios vertidos por el actor apelante. ----------

---4. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de Alzada al actor apelante vencido conforme al criterio objetivo de la derrota ante el fracaso de sus agravios (art. 69 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los

honorarios de los Dres. L. C. B. y R. L., en su carácter de letrados apoderados del actor y de la aseguradora, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 7,5%, respectivamente, del monto del proceso establecido en la anterior instancia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

-----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---La parte actora ha planteado recurso de apelación a fs. 622, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 610/616.----------

---La sentencia impugnada resuelve rechazar la demanda de daños y perjuicio entablada por el Sr. A. T., en contra de “T. El 22 S.R.L.” y el Sr. H. E. S., con costas a cargo del actor. ----------

--I.- La reseña de los agravios formulados ha sido realizada por el magistrado que me precede en la votación, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias.----------

---Resulta útil sintetizar el motivo en el que se intenta sostener el recurso planteado, cual es, poner bajo cuestión el análisis de la mecánica del accidente que llevó a la Sra. Jueza del anterior grado a rechazar la demanda por considerar acreditada la eximente legal del hecho de la víctima invocada por la contraria. ----------

-----II.- En tales términos ingresaré al examen del recurso reseñando, en lo pertinente, lo que expusiera la Sra. Jueza a quo para arribar a tal conclusión para, a partir de allí, pasar a evaluar los agravios planteados en contra de tal motivación.----------

---- Así, previo transcribir la porción pertinente de la pericia y argumentar la razón por la cual se aparta del dictamen del perito en accidentología, Sr. R. M. R. (fs. 548/560 vta.), ponderando las explicaciones que le fueran requeridas al mencionado experto (573/578), expresó lo siguiente, a saber: *“…En materia de accidentes de tránsito protagonizados por un vehículo y un peatón es aplicable la presunción iuris tantum que deriva del art. 1113 del Código Civil, pero ello no implica que se invierta la carga de la prueba, sino que el onus probando se mantiene intacto. El beneficiario de una presunción legal sustancial o jurisprudencial no está exento de actividad probatoria, porque la carga de la prueba no se desplaza hacia su adversario, sino que su carga radica, justamente, en probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción. En el caso bajo análisis,* ***tales presupuestos fácticos son: que el señor T. cruzara la calzada por un sector destinado a la senda peatonal -sin pintar en esa intersección- y que fue embestido por el colectivo*** *(hechos controvertidos) …”* (Sic) (Ver: considerando de fs. 614 “in fine” y vta.). ----------

----La porción del considerando que se ha transcripto textualmente resulta trascendente en la conclusión que finalmente expone más adelante. Así, luego de evaluar si se acreditaron los presupuestos fácticos cuya carga probatoria asignara a la parte actora, concluyó en los siguientes términos: *“…Terminando,* ***la presunción del art. 1113 del***

Código Civil no se aplica en el caso bajo estudio, desde que los presupuestos fácticos que hacen a la pretensión de la parte actora no fueron acreditados*, correspondiente -entonces- que rechace en un todo la demanda entablada…"* (Sic)(Ver: considerando de fs. 615 "in fine") (Lo resaltado en negritas me pertenece). ----------

---Las porciones transcriptas, y en particular aquellas sobre las que se puso énfasis con el resaltado en negritas, vienen a cuento por cuanto, a mi juicio, ponen en el tapete el erróneo modo de interpretar la norma de aplicación al supuesto de autos. Quiero significar con ello que no participo de manera alguna conque los presupuestos fácticos a probar por el actor fueran los indicados por la juzgadora de grado. Y, obviamente, a partir de ello, tampoco participo de la conclusión a la cual arriba, en tanto que concluye que la presunción contemplada en la norma de cita no se aplica al supuesto. Es que "ab initio" cabe indicar que la responsabilidad objetiva contemplada por el riesgo de la cosa es derivada de la intervención de ella en la producción del daño -circunstancia que no fue controvertida en el caso-, en el que resultara damnificado el actor. En tal dirección, pues, lo único que debía probar el actor es la participación del colectivo de la empresa de T. demandada en el evento y el daño sufrido toda vez que la presunción del nexo de causalidad funge con relación a dichos presupuestos de hecho. Y, a la par, la parte demandada debía probar el presupuesto de la eximente que invocara, cual es, el hecho de la propia víctima como factor de ruptura de la presunción de causalidad contemplada en la norma de cita. ----------

---Es que, cuando la responsabilidad se atribuye en virtud de factores objetivos de atribución, basta que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor de riesgo que genera el deber de responder y el daño. En tal supuesto es donde opera una suerte de presunción de responsabilidad derivada de la actuación causal de la cosa riesgosa o viciosa. Las eximentes legalmente previstas exigirán la prueba -a cargo de quien las invoque- de la interrupción del nexo causal por la incidencia de una causa extraña que sea ajena al riesgo propio de la cosa (Conf.: Trigo Represas Félix A, "Concurrencia de riesgo de la cosa y culpa de la víctima", en L.L., 1993-B, 306; Campagnucci de Caso, Rubén, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", Ed. Astrea, año 1984, pág. 170; Mosset Iturraspe, Jorge, en "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1999, T IV, pág. 72). ----------

----Lo dicho, lo aclaro desde ahora, no implica que el resultado final del pleito, eventualmente, sea el mismo u otro distinto. Esto último, toda vez que, con los mismos elementos probatorios valorados por la juzgadora y por aplicación de la misma norma correctamente interpretada- se puede arribar a la misma conclusión, en tanto se puede llegar a excluir -total o parcialmente- de responsabilidad a la parte aquí demandada, en la medida que se concluya que la intervención de la cosa riesgosa no incidió -sea total o parcialmente- en la causación de los daños sufridos, sino que su provocación de debió al hecho de la propia víctima. ----------

---- Corresponde precisar, entonces, que en este análisis lo que subyace es una cuestión de causalidad en sentido lato. Y para ello es necesario tener presente que dentro de la fenomenología de la causalidad pueden aparecer conjuntos o series causales diversos que dan lugar a las denominadas “concausalidad” y “cocausalidad”. Ambas situaciones causales vinculan un resultado dañoso a la incidencia concurrente de una pluralidad de causas, más ellas actúan en planos diferentes.----------

--- En la concausalidad se da la interferencia de otro hecho en el curso causal desencadenado por la acción de aquél a quien se atribuye el daño. Aquí no hay distintos agentes causales concurriendo a la generación de un único hecho, sino pluralidad de hechos causales. En este ámbito actúa la disminución del resarcimiento, no porque el hecho de la víctima haya tenido repercusión directa en la causación del evento dañoso, sino porque la tuvo indirectamente sea para que ocurrieran las lesiones, o bien, en la magnitud de éstas. Y hete aquí que la concausa, así como puede ser concomitante o sobreviniente al evento perjudicial, también puede ser pre-existente a él, de donde se sigue que la falta de la víctima no necesariamente ha de computarse en el mismo momento en que se produce el hecho generador del daño, sino que también es lícito su cómputo cuando ella quedó configurada por un acto u omisión anterior (Conf.: Zannoni, Eduardo “Cocausación de daños –una visión panorámica-“, en Rev. de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, “Relación de causalidad en la responsabilidad civil”, T. 2003 – 2, págs. 7/20, & 1, 6 y 7; Goldenberg, Isidoro “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, 2ª ed., año 2000, págs. 146 y sgtes., & 47, 48 y 49). ----Abro un breve paréntesis para advertir que tal como prestigiosa doctrina lo ha precisado, las concausas, pese a que su nombre pudiera hacerlo pensar, no son propiamente causas sino condiciones del daño y, por ende, no pueden ser imputadas al dañador sino a quien las aporta, normalmente la propia víctima. Asimismo, cabe agregar que la concausa resulta incompatible con el sistema de causalidad adecuada, dado que se trata de una causa independiente que altera el curso causal, de modo que no puede imputarse al demandado el aporte causal de la concausa, el que deberá desagregarse de la imputación causal que se haga a éste, la que deberá limitarse exclusivamente al aporte causal que ésta haya hecho con la causa adecuada que él introduzca. En los supuestos de concausalidad, se produce una parcial alteración de una primera causa puesta por una de las partes, al ser influida o alterada por otra causa puesta por la otra parte o un tercero. Ergo, no puede imputarse al dañador la totalidad del daño cuando éste es resultado de una concurrencia de acciones concausales, ya que la concausa no guarda relación causal adecuada, al menos totalmente, con el hecho del dañador (Ver: López Mesa, M., en “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, L.L. 2013-D, 1167; y, en iguales términos, aut. cit. En “Los enigmas de la relación de causalidad”, elDial.com, DC1C60; id., Goldenberg, Isidoro, op. Cit., pág. 147, & 49). ----------

---La co-causación, en cambio, deriva de la actuación concurrente, y causalmente relevante, de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. Se trata de una pluralidad de agentes causales. La cocausación puede derivar de una causalidad conjunta o común, en la que dos o más personas, con su acción, han provocado el daño; o de una causalidad acumulativa, en la que el daño es provocado por el actuar independiente entre sí de dos o más agentes, con la particularidad de que cada uno de ellos, aún cuando hubiese actuado aisladamente, habría provocado igualmente el daño; y, la causalidad alternativa, la que se produce cuando frente a dos o más hechos idóneos para provocar el daño, éste acaece por la acción de sólo uno de ellos aunque no resulta posible precisar cuál de esos hechos elimina causalmente a los demás. Éste es el supuesto que se presenta en la especie. en el cual se da la actuación conjunta de una pluralidad de agentes causales en la producción de un solo hecho (esto es, dos partícipes en el evento que con sus acciones provocan un daño, el que es sufrido -al menos en la especie- por uno de solo ellos -también es factible que ambos sufran daños-). ----------

---Este es precisamente el campo donde opera la eximente parcial de “culpa” (hecho) de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder y que determina la limitación, o la lisa y llana exclusión de la responsabilidad del demandado, en función de la acreditación del aporte causal de otro sujeto el que, inclusive, puede ser del propio damnificado.----------

----En tal inteligencia, corresponde establecer la medida del aporte causal atribuible al peatón, actor en estos actuado, toda vez que se encuentran admitidos los presupuestos de hecho de la norma invocada por él en su demanda, razón por la cual no requieren de prueba. ----------

----Ambos codemandados en autos sostuvieron de consuno que el peatón actor en autos pretendió transponer una bocacalle con total desatención y por un lugar no autorizado (Ver: punto III, segundo párrafo, del escrito contestatario -fs. 125-; y, del mismo modo, el punto II, cuarto párrafo del escrito contestatario -fs. 133-).----------

---Con relación a estas dos afirmaciones contenidas en la postulación defensiva eximente: “hecho de la víctima”-, diré primariamente que coincido con la apreciación efectuada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara. Ello así, en cuanto bien apunta que de las fotografías acompañadas junto con la experticia accidentológica (fs. 552 y vta.) se visualiza que el Sr. T. se encontraba intentando atravesar la calzada por la senda peatonal. Ello habida cuenta que, si bien no se encontraba delimitada con la señal horizontal correspondiente, tal dato se puede inducir por encontrarse ubicado el lugar donde quedó posicionado el peatón que resultara damnificado, en la extensión imaginaria longitudinal correspondiente a dicha senda peatonal. Esto se corrobora con la visualización de la posición final del Sr. T., la que es indicada con el número 1 en el croquis de fs. 546, plano que fuera confeccionado por el

perito accidentólogo. Lo dicho, a pesar que en dicho croquis se referencian las sendas peatonales de un modo diverso a como se concluye al expedirse en el punto E (Ver: fs. 559 vta.), ratificado al contestar la impugnación (Ver: punto g) de fs. 576 vta.).----------

---Se suma en este mismo sentido el reconocimiento que finalmente termina formulando la aseguradora citada en garantía -demandada en autos- al formular la impugnación a dicha pericia mediante presentación obrante a fs. 566/569, escrito en el que se admite que el peatón ingresó y se desplazó sobre la senda peatonal imaginaria antes aludida (Véase, croquis de fs. 567 vta.). ----------

---La S. afirmación en la que se intenta sustentar la eximente invocada fue el descuido -que se afirma- habría actuado en la ocasión el peatón ante la maniobra del colectivo que giraba ingresando desde la calle España hacia la calle Urquiza, doblando hacia su izquierda. Adelanto que, para mí, determinar la calidad de embistente en el presente caso resulta en verdad una verdadera antinomia. Es que no concibo que un peatón acometa o arremeta con ímpetu contra un colectivo. Ello, por cuanto, tengo para mí, que resulta en extremo difícil un obrar de ese estilo en un peatón excepto de que se trate de un suicida. Es que pretender atribuir la calidad de “embistente” al peatón es una verdadera demasía genéricamente dicho y también en la especie. En todo caso lo que hay que evaluar es si éste obró imprudentemente en la ocasión, en un desacierto que perjudicó a quien cometiera esa manera de actuar.----------

----En dicha dirección es que cabe apreciar si se encuentra acreditado en este proceso lo postulado por los codemandados, esto es, que el actor en autos intentó cruzar la arteria ubicada en la intersección de las calles España y Urquiza sin tomar las precauciones que son exigibles a cualquier peatón que se apresta a transponer una vía de profusa circulación de automotores, máxime cuando ésta se encuentra ubicada en un lugar próximo a la terminal de colectivos de la ciudad de Trelew, de modo que terminar golpeando contra la parte trasera izquierda del colectivo que se desplazaba en la oportunidad ingresando con un giro hacia su izquierda desde la calle España a la calle Urquiza. ----------

----El primer dato acreditado es que el actor se encontraba a 2.83 metros del cordón de la vereda al momento de suceder el evento dañoso. Ello, de nuevo lo digo, surge de la visualización de las fotografías ya citadas obrantes a fs. 552 y vta. y del croquis de fs. 246 (Ver también conclusión de la experticia, punto F, fs. 560).----------

---A su vez, no es un dato menor que el colectivo ya había ingresado en su giro con más de las tres cuartas partes de su longitud (11 metros). Ello descarta de por sí que pudiere operar en el supuesto bajo análisis la prioridad contemplada a favor del peatón por el art. 41, inc. 3) de la Ley de Tránsito Nacional (Conf.: Ley 24.449; ley XIX Nº 26 – ex ley 4165-; y, ordenanza municipal Nº 5490/96, respectivamente). Lo apuntado explica, por otro lado, que el impacto se haya producido en su parte trasera izquierda, a la altura de su rueda trasera de ese lado, produciendo el aplastamiento de los miembros inferiores y

traumatismo craneoencefálico al peatón damnificado (Ver: ficha técnica de fs. 547 vta. fotografía de fs. 574 y vta., y de fs. 575). ----------

---También concurre para nutrir la percepción que se perfila de todo lo evaludado y razonado hasta aquí, esto es, de que se trató el caso de un peatón distraído o, peor aún, imprudente, que el propio Sr. T. confesó que fue la única persona que intentó cruzar cuando pasaba el colectivo (Ver: pliego de preguntas, posición 5ª, de fs. 431 y su respuesta en el acta de fs. 432).----------

---Asimismo, comparto absolutamente lo que señalara el magistrado que me precede en esta votación, Dr. Vergara, en cuanto expuso que desde la óptica del conductor del colectivo, codemandado en autos, Sr. H. E. S., la ocurrencia del evento dañoso importó para él un verdadero hecho fortuito. Y, aludo al hecho fortuito que importó para el chofer del colectivo la presencia del Sr. T. en el lugar donde fuera golpeado con el lateral izquierdo trasero del colectivo, a la altura de su rueda trasera de ese lado, desde la comprensión del mismo como un hecho que más que imprevisible resulta inevitable para él. Sobre el punto se ha dicho que el suceso que constituya caso fortuito o fuerza mayor debe ser además de inevitable, extraordinario, anormal y ajeno al presunto responsable, es decir que no hubiera ocurrido por su culpa (Conf.: S.C.B.A., 11/08/1992, AyS 1992-III, 21). ----------

----Esta configuración del caso fortuito es propia del criterio positivo con la cual se lo considerara, el que indica que su esencia estriba en la imprevisibilidad que le es propia, o en la inevitabilidad de su irrupción. Son sucesos imprevistos, con los que de ningún modo se contaba como probables -quizás sí de posible y rara eventualidad- a la hora de la concreción del compromiso; o que, aun previéndose, no cabe ofrecer una conducta activa y diligente capaz de eliminar o paralizar sus efectos. En este entendimiento, lejos de poder atribuir cualquier tipo de percepción (cualquiera sea a la cual se pudiera referir de las distintas que enuncia con apoyo en doctrina especializada el Dr. Vergara), estimo que resultará mucho más fácil de compartir que, en ocasión de suceder el evento dañoso, el chofer codemandado en autos se encontraba, frente a la irrupción imprevista del peatón, inerme e incapaz de emprender cualquier posible maniobra evitativa del atropellamiento del que fuera éste pasible. Y, en tales términos encuentro que más que imprevisible resultó inevitable para el conductor del colectivo el acaecimiento del evento dañoso de marras (Ver: Mosset de Iturraspe, Jorge en, “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 1999, T. IV, págs. 37 y s.s.).----------

---- Obviamente que comparto que, a más de no haber sido posible determinar en este proceso cuál era la velocidad que desarrollaba el colectivo en la ocasión, añadido a que, merced a la longitud de dicho rodado y de su radio de giro (21,10 metros, según se indica en el punto D de la pericia accidentológica -fs. 559 vta.-), y que se visualiza perfectamente de las fotografías de fs. 552 vta y del croquis de fs. 546, que se detuvo a pocos metros del lugar que se indica como de impacto, resulta lógico inducir que al

momento de emprender el giro de ingreso a la calle Urquiza -hacia su izquierda- desde calle España, el colectivo de la demandada circulaba a escasa velocidad.----------
---Ya para finalizar advierto que no cabe duda alguna en cuanto que el juzgador puede apartarse fundadamente de las conclusiones contenidas en una prueba pericial cuando advierte incoherencias o contradicciones como los que bien apuntaran tanto la juzgadora de grado como el colega que me precede en esta votación, Dr. Vergara. Prestigiosa doctrina procesalista ha indicado que *"Las reglas de la sana crítica son un precioso estandar jurídico que abarca todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consiste en un parte lo suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares*" (Sic)(Ver: Couture, Eduardo J., en "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ed. La Ley, 5ª ed., año 2010, Vol. 2, pág. 173; id., Peyrano, Jorge W., "Las reglas de la sana crítica", en "Fuentes, medios y valoración de la prueba", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2018, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, director Jorge W. Peyrano, coordinadores Esperanza, Pauletti y Garrote (h), págs. 605 y s.s.; ídem, Carbone, Carlos A., en "La prueba científica. Notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión juridical", publicado en la obra colectiva "La prueba en el proceso judicial", de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2009, Eduardo Oteiza -coordinador-, págs. 351 y s.s.). ----------
----En suma, encuentro enteramente compartible la conclusión a la que arribara finalmente el magistrado que me precede en la votación y, en consecuencia, compartiré con el Dr. Vergara en que corresponde desestimar la apelación deducida por la actora confirmando el fallo en todo lo que fuera materia de agravios. Ello con costas de S. instancia a su cargo, atento que ha resultado totalmente vencido en ella (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.). Asi lo voto.----------
--- III.- Conclusión:----------
---- Por todo lo expuesto y razonado, concluyo proponiendo al acuerdo que se confirme el fallo apelado, en todo aquello que fue materia de agravios, con costas de S. instancia a cargo de la parte actora recurrente vencida en ella. ----------
----Los honorarios profesionales por las tareas desempeñadas en esta S. instancia, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. L. C. B., letrado apoderado del actor, en la suma equivalente al 4,2%; y, al Dr. R. L., letrado apoderado de la aseguradora "P. M. de S. del T. P. de P.", en la suma equivalente al 7,5%. Ambos porcentuales a calcular sobre el monto pretendido en la demanda a liquidar en la etapa de ejecución correspondiente según pautas fijadas en la anterior instancia, con más el I.V.A. pertinente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871). -----De tal manera, termino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la AFIRMATIVA.----------
-----**A LA S. CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

---Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de Alzada al actor apelante vencido; c) regular los honorarios de los Dres. L. C. B. y R. L., por las tareas profesionales cumplidas en esta S. instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 7,5%, respectivamente, del monto del proceso establecido en la anterior instancia; y d) declarar que los honorarios regulados en forma precedente deberán incrementarse con el I.V.A. que pudiere corresponder.----

-----Así lo voto. ----------

-----**A LA S. CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.----------

---ASI LO VOTO. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8º 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**:----------

---CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

---IMPONER las costas de Alzada al actor apelante vencido.----------

--REGULAR los honorarios de los Dres. L. C. B. y R. L., por las tareas profesionales cumplidas en esta S. instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 7,5%, respectivamente, del monto del proceso establecido en la anterior instancia. ----------

----DECLARAR que los honorarios regulados en forma precedente deberán incrementarse con el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

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

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2019 - SDC - CONSTE. ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA