En la ciudad de Trelew, a los 16 días de agosto del año dos mil veinticuatro, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y la presencia de los Sres. Jueces del Tribunal Dres. Sergio Rubén Lucero y Guillermo Nicolás Walter, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F., E. S. y Otra c/ M., J. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 735 - Año 2023 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado con fecha 19/06/2024.

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

Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 216 (ID 1273062), el que fuera concedido a fs. 217, contra la sentencia del 18/10/23 (N° 0065/2023 de fs. 209/214 vta.), en la que se rechazó la demanda deducida por E. S. F. y N. E. U., ambos en representación de su hijo menor de edad N. S. F., contra J. C. M., N. A. y la citada en garantía S. C. de S. Limitada, e imponiendo las costas a la actora vencida.-

La expresión de agravios de la actora obra a fs. 233/237 vta. (ID 1388533), cuyo traslado conferido el 29/02/24 no fuera contestado por la contraria. Finalmente a fs. 248/250 (ID 1469146) obra el dictamen de la Asesoría de Familia. Ha de añadirse que a fs. 246/247 obra la SIC N° 010/2024, del 27/03/24 por la cual se rechazó el pedido de producción de prueba solicitado por la actora apelante.-

I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la apelante.-

1) La actora luego de describir el accidente en el que resultó dañado el menor N. S. F., así como las lesiones que sufriera el mismo, resalta que el hecho debe encuadrarse bajo el factor de atribución objetivo del art. 1722 del CCCN, según el cual la culpa del agente es irrelevante y la responsabilidad se vincula con los riesgos propios de la cosa, en este caso, un camión de grandes dimensiones. Menciona que además resulta de aplicación el art. 1725 del citado código dado que quien conducía el vehículo era un chofer profesional. Destaca que la pericia accidentológica practicada en sede penal encuadró el hecho en la ley de tránsito, indicando que la calle es muy angosta, que el camión estacionó en un lugar prohibido en violación al art. 49, inc. 1 y 8 de la citada ley, así como que la causa primera del accidente fue la falta de atención y cuidado del conductor al iniciar la circulación, máxime teniendo en cuenta la presencia de niños en el lugar. Entiende que se efectuó un análisis equivocado de la prueba, ya que se consideró que el niño estaba debajo del camión pero nadie vio la mecánica del evento sino sus consecuencias. Expresa que los testigos vieron al menor salir debajo del rodado después de haber sido atropellado pero no antes,

añadiendo que nadie vio cómo el niño ingresó debajo del camión, en cuanto a si se metió allí por su cuenta o si el vehículo lo pasó por encima al activar la retromarcha.-

Agrega que en el decisorio se dio por cierto que N. se “puso” debajo del camión para ser arrollado por éste, dándosele importancia a la declaración de la madre del niño quien sólo repitió lo que éste le dijo, quien se trata de un menor de seis años, sin mayor discernimiento ni conocimiento y en el marco de una severo estrés postraumático. Asimismo sostiene que no se tuvo en cuenta la prohibición de estacionar en el lugar ni la peligrosa maniobra de poner marcha atrás el camión cuando estaban tres niños jugando en la vía pública. Arguye que la presencia del menor atrás o debajo del camión no es la causa adecuada del accidente, con mayor razón si se considera lo establecido en el art. 1719 del CCCN. Refiere a la causalidad adecuada reglada en el art. 1726 del mismo código con cita de doctrina.-

Siempre dentro del mismo agravio expresa que la sentencia impugnada soslayó las causas jurídicamente relevantes que causaron el daño y su vinculación con la responsabilidad objetiva dispuesta en el art. 1722 precitado. Es así que enumera que la primera causa es el estacionamiento del camión en un lugar prohibido, ya que debió detenerse en la avenida E. de doble circulación y con colectora y no en el Pasaje A., extremadamente angosto, de ripio y donde jugaban tres niños. Agrega que se estacionó el camión con las dos ruedas izquierdas sobre la vereda, obstruyendo más de la mitad del pasaje, por lo que se estacionó en violación a los arts. 48, inc. i), y 49, incs. a), b.1) y b.2) de la ley de tránsito. A ello suma que se trata de un pasaje muy estrecho donde jugaban niños.-

Señala como segunda causa la maniobra que produce el infortunio. Refiere a la prueba testimonial y accidentológica, destacando que el camión se movilizó hacia atrás, lo cual está prohibido por el art. 48, inc. h de la ley 24449, excepto para estacionar, egresar de un garaje o de una calle sin salida. En cuanto a la tercera causa del siniestro, la identifica en la falta de cuidado del conductor del camión, ya que así se señaló en la pericia accidentológica, en la que se resaltó el alto fluido de menores en la calle, por lo cual el conductor debió llamar la atención con señales lumínicas o auditivas, debiendo haber tomado mayor precaución por tratarse de un vehículo de reparto de grandes dimensiones. Vuelve a citar prueba testimonial, señalando que las circunstancias de lugar y de personas hacían que la presencia del menor no fuera imprevisible ni el accidente inevitable, por lo que el accidente no habría ocurrido si el conductor hubiera obrado con cuidado y dominio de la unidad y seguridad en el manejo. Reitera que el siniestro pudo haberse evitado si el chofer, después de haber estado hablando con sus compañeros durante diez minutos, hubiera identificado el lugar donde se encontraban los niños y constatado que estaban fuera

de peligro. Sin embargo, añade, comenzó la marcha atrás sin efectuar dicha verificación. Por último, y entendiendo probada la relación causal expresa que la aseguradora debe responder por el riesgo objetivo del vehículo.-

Seguidamente se refiere al daño físico y al daño moral experimentados por el menor, de acuerdo a las pericias practicadas y culmina con el petitorio de estilo.-

2) La Asesoría de Familia, luego de realizar un resumen de lo actuado coincide con la apelante en cuanto a que el siniestro fue provocado por la desatención y las violaciones a la ley de tránsito por parte del chofer codemandado, para lo cual cita prueba testimonial, agregando que no existe prueba certera y contundente que acredite la eximición resuelta por la jueza de origen.-

II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, se aprecia que en realidad las objeciones de la actora se traducen en un único agravio relativo a la atribución de la responsabilidad, ya que considera que la misma es exclusiva de la parte contraria, en tanto no existió causalidad adecuada entre el hecho del menor víctima con el siniestro y por ende con los daños consecuentes.-

1) Sentado el contenido del agravio, encuentro conveniente resumir el razonamiento dirimente de la juzgadora respecto al análisis de la mecánica del accidente y a cómo concluyó que se acreditó el hecho del menor N. S. F. como eximente de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa -camión-, en los términos del art. 1729 del CCCN. A tal fin, luego de encuadrar correctamente el caso bajo la norma del art. 1769 del CCCN, aplicando así la responsabilidad por riesgo de la cosa (conf. art. 1757 del mismo código), determinó, en base a que el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, que la relación causal se presume, por lo cual el damnificado sólo debe demostrar un nexo de causalidad “aparente” entre la intervención de la cosa riesgosa y el daño sufrido. En consecuencia, continuó argumentando, el dueño o guardián de la cosa sólo podrá eximirse si prueba la causa ajena, en este caso el hecho de la víctima (ver sentencia a fs. 209 vta., últimos párrafos/210, tres primeros párrafos).-

Puesta a analizar la prueba, la sentenciante tuvo en cuenta la causa penal 84.436, y consideró la declaración de la testigo Y. L., quien dijo que el camión en cuestión descargó material en la casa de su tío y vio que apenas hizo marcha atrás despacito, debajo del mismo salió caminando N. con la cara ensangrentada. Asimismo consideró especialmente la declaración de la madre de la víctima, quien estaba dentro de la casa cuando ocurrió el hecho, y su hijo le alcanzó a decir que estaba debajo del camión buscando una cosa y lo aplastó la rueda. En cuanto a los testigos M. y C., que se encontraban a bordo del camión como acompañantes, el último de los nombrados dijo que salieron un poquito marcha atrás y allí escucharon gritos, el camión paró y vio a tres nenes y uno con la cara con sangre. En

cuanto a C. señaló que se subieron al camión que se encontraba en marcha estacionado, ocupando el ancho del pasaje y al llegar al domicilio habían visto niños jugando en el pasaje pero al momento de subir, el chofer movió el camión hacia adelante para irse y se escuchó el grito de N. que salió hacia su casa. Refirió a lo declarado en esta sede por M. en cuanto a que vio al menor cuando salió corriendo de abajo, que estaba lastimado, agregando que desde la cabina por el espejo retrovisor no se puede ver al niño debajo del camión, y que cuando bajó del camión lo vio salir de abajo del rodado corriendo. Agrega que ambos testigos coincidieron en que el camión estaba estacionado en bajada. Luego enumeró las tomas fotográficas del lugar que efectuó la policía científica, y que la testigo L. y la madre del menor, en esta sede, ratificaron su declaración en sede penal. Por último, en cuanto al análisis de la prueba, reseñó que la pericia accidentológica realizada en sede penal, concluyó que el camión estaba detenido (sin marcha) sobre la calle A. X., y luego de descargar materiales, el conductor encendió el rodado y al iniciar la marcha embistió al menor de seis años que se encontraba debajo del camión en la zona posterior baja, y lo habría atropellado con las bombas de freno del diferencial en el "pariero occipital izquierdo", por lo cual el camión se detuvo y el menor salió debajo del mismo. Añadió que el chofer no se percató del ingreso del menor por debajo del camión, quien se acercó a la parte posterior del mismo, en la zona izquierda pasando por debajo de la carrocería. Cuando el camión comienza la marcha el niño es embestido con las partes del diferencial -bombas recubiertas con material de goma-, y al sentir el impacto, por el susto, reaccionó para salir debajo de la caja abierta (ver sentencia a fs. 210 vta., últimos párrafos/213, 1er. párrafo).-

Como consecuencia del análisis de la prueba, arguyó que la presencia del menor víctima en el lugar donde se encontraba tendría la suficiente entidad como para interrumpir el nexo causal, tal como lo planten los demandados y la aseguradora. A tal efecto señala que el conductor del camión no pudo percibir que el pequeño se encontraba debajo del camión buscando un autito que se cayó debajo de una rueda trasera -según relató la madre-. Agregó que la circunstancia de que N. se hallaba debajo del camión se corrobora con la mecánica del accidente explicada por el perito. Y textualmente concluyó *"En el sub examine, se ha acreditado que el menor estaba debajo del camión y que con los espejos retrovisores no se puede ver debajo del camión (v. declaraciones de M. y C.); la conducta de N. se presenta como imprevista e inevitable y su conducta importó una ruptura total del nexo causal, ya que no fue el riesgo o vicio de la cosa, sino el hecho del damnificado lo que determinó el accidente. La única causa eficiente la constituyó ponerse debajo del camión para buscar un autito, exponiéndose a ser arrollado por el camión. Se ha dicho que esta comprensión amplía el campo de actuación de la eximente, permitiendo alcanzar a los inimputables que, por su propio obrar, aunque privado de discernimiento, intención o libertad, se causen a sí mismos un perjuicio para su integridad física. En efecto, conforme el art. 1729 del CCC*

ya no es la culpa la eximente de responsabilidad, sino el hecho del damnificado. El del damnificado excluye o limita la responsabilidad propia y la refleja cuando incide en la producción del daño…" (ver sentencia a fs. 213 *in fine*/vta., dos primeros párrafos).-

2) Del análisis del razonamiento de la jueza *a quo*, habré de señalar, en primer lugar, que el encuadre jurídico que efectuara es el correcto. Es que tratándose de un accidente de tránsito en el que un rodado -camión- embistió a un peatón, resultan de aplicación las normas de los arts. 1757 y 1769 del CCCN, en tanto la primera dispone la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas, mientras que la segunda establece que los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de las cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos. Asimismo también efectuó una correcta aplicación del art. 1729 del CCCN que reza: *"La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, o de cualquiera otra circunstancia especial".*-

Sobre esta última norma se ha considerado que el hecho -acto u omisión- puede ser generado por un menor e incluso involuntariamente. Es que el nexo causal entre el hecho ilícito -o el incumplimiento contractual- y el daño puede ser excluido total o parcialmente por la existencia de un hecho del damnificado que tenga aptitud para producir el resultado, o al menos para incidir en él. En principio, no es necesario que este hecho sea culpable, razón por la cual el artículo también se aplica al hecho de las personas sin discernimiento (conf. Picasso, S., en Lorenzetti (Director): "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VIII, pág. 429).-

En tal sentido puede ocurrir que el propio damnificado haya contribuido causalmente a la producción del daño que sufre: el peatón que cruza la calle con el semáforo en rojo, el paciente que no sigue las prescripciones médicas, o abandona el tratamiento, el consumidor que emplea un producto sin respetar las indicaciones de seguridad que le había transmitido el proveedor, etc.. En todos estos casos, existe un aporte causal de la víctima que o bien destruye la relación causal entre el hecho del sindicado como responsable y el daño -con lo que exime a aquél de responsabilidad-, o bien concurre con aquél y actúa como concausa del perjuicio, lo que justifica la reducción de la indemnización en la medida de la incidencia causal del hecho del damnificado (conf. Picasso, op. cit., ídem, pág. 430).-

Ahora bien, para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente, y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del artículo 1730 (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior -art. 1733, inc. e-). Eso es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable

y el daño; de ahí que el artículo 1730 que lo regula, disponga que el *casus* "exime de responsabilidad", sin hacer alusión a que ello puede ocurrir total o parcialmente. La misma solución se extrae de la aplicación analógica del artículo 1731, que afirma expresamente que el hecho de un tercero por quien no se debe responder sólo exonera al responsable si reúne los caracteres del caso fortuito. Cabe hacer una excepción a este principio en aquellos casos en los que la víctima ha buscado intencionalmente el daño; en esos supuestos, el "dolo" del dañado absorbe la total eficacia causal y desplaza al hecho del responsable. Si el hecho de la víctima no reúne los caracteres del *casus*, se constituye en una concausa adecuada del daño, y justifica la reducción de la indemnización en función de la incidencia causal del hecho del damnificado (conf. Picasso, op. cit., ídem, págs. 430/431).-

El Código señala expresamente que para que opere la interrupción total o parcial del nexo de causalidad basta -en principio- con el simple hecho de la víctima, sin que sea necesario que ese hecho sea culpable. Se pone fin así a un debate que se había suscitado a la luz de disposiciones del código civil y del código de comercio derogados (arts. 1113 y 184, respectivamente) que hacían referencia a la "culpa" de la víctima. No es, pues la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros, lo cual se justifica por cuanto en el terreno de la relación causal se trata de sopesar relaciones puramente materiales entre causas y efectos. En consecuencia, el hecho de una persona sin discernimiento -en los términos del artículo 261 del código- tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario (conf. Picasso, op. cit., ídem, pág. 431) ver mi voto en el precedente de esta Sala "B", SDC N° 11/24, del 19/06/24).-

Sentado pues que el hecho del menor N. -situarse debajo del camión para buscar un juguete- puede tener la suficiente virtualidad para interrumpir el nexo causal entre el riesgo del camión en movimiento y los daños que el mismo sufriera, corresponde indagar acerca del nexo de causalidad adecuada a los fines de examinar la referida interrupción de dicho nexo. Al respecto señalé en el precedente de esta Sala "B", SDC N° 02/22, del 22/02/22, entre otros, que frente a la comprobación de un daño, el jurista debe desandar los acontecimientos que han conducido al resultado del mismo, analizando y descubriendo cuál de todas las condiciones previas alcanza el grado de verdadera causa jurídica. Una vez hecha esa determinación que vincula un daño material con un hecho humano o de una cosa, o entre el perjuicio y una esfera de riesgo, deberá medir el alcance de la responsabilidad, es decir cuáles son los daños jurídicos que desencadenados por ese antecedente, deben ser indemnizados (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "Responsabilidad por daños (Elementos)", Ed. Depalma 1993, pág. 221). Sabido es que la teoría predominante en la actualidad es la de la causalidad adecuada, según la cual 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 lo tanto, irrelevantes a los efectos de la atribución de la responsabilidad. 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 (conf. citas de Á. Y. y S. B., en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 223/224). Es esta teoría la que recoge nuestro Código Civil -vigente al tiempo del hecho-, siendo solamente 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. cita de Cifuentes, en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 224). Hoy la recepción de la teoría de la causalidad adecuada se consagra en el art. 1726 del C. Civil y Comercial.-

3) Antes de analizar la prueba a la luz de los agravios vertidos por la actora apelante, ha de repararse que en la causa penal (Caso 84.436) se dictó el sobreseimiento del aquí codemandado N. A. (ver resolución registrada bajo N° 455, del 06/07/2020), mas ello no fue fundado en la inexistencia del hecho o que el sindicado como responsable no participó en el mismo (conf. art. 1777 el CCCN), por lo cual nada impide que aquí se indague acerca de la responsabilidad civil de los codemandados. Es de considerar que la normativa del CCCN sobre la prejudicialidad penal respecto de la responsabilidad civil (arts. 1774 a 1780 del CCCN), no ha efectuado grandes cambios respecto de los arts. 1101, 1102 y 1103 del viejo C. Civil. Es más el actual art. 1775 flexibilizó la mentada prejudicialidad. Durante la vigencia del código velezano, se había considerado que el art. 1103 del código referido sólo preveía los efectos de la absolución, especialmente para la doctrina penalista, y que la figura del sobreseimiento definitivo quedaba captada dentro de la referencia genérica de la “absolución” que hace el art. 1103, generando las influencias que ésta proyecta (singularmente respecto de la existencia o inexistencia del “hecho principal”) sobre la sentencia civil, para lo cual se argumentaba que el sobreseimiento definitivo, aun cuando no involucre en la tramitación de la causa a la víctima, es una resolución judicial que pone fin al juicio y hace cosa juzgada. Para otros (en criterio que aparecería mayoritario) el sobreseimiento definitivo no hace cosa juzgada en los mismos términos que la absolución, básicamente argumentando que la ausencia de referencia normativa impide recurrir a la analogía como mecanismo interpretativo en una norma restrictiva de derechos, y que su dictado no implica un proceso “completo” en el cual haya tenido adecuada intervención la

víctima. Por último había quienes sustentaban posiciones intermedias, que requieren diferenciar las razones en virtud de las cuales el sobreseimiento definitivo fuera dictado. Así parece incontrovertible que si el juez penal ha sobreseído por cuanto hay evidencia de que el hecho no se cometió, o no lo cometió el imputado (no mediando a su respecto responsabilidad civil refleja frente a la víctima), tal condicionante tendrá la misma incidencia que la absolución para el sentenciante civil que no podrá afirmar lo contrario (conf. Saux, E.do I., en Bueres-Highton: "Código Civil…", Ed. Hammurabi, 1999, T° 3ª, págs. 333/334).-

Esta última posición es la que coincide en cuanto a que ni siquiera la absolución hace cosa juzgada en el juicio civil si ella no está fundada en la inexistencia del hecho o en la falta de autoría. En tal sentido me expresé en el precedente de esta Sala ya citado (SDC N° 10/20, del 23/09/20), que sobre los efectos de la absolución en el proceso civil, el art. 1103 del C. Civil establece *"Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".* Al respecto se ha entendido que se observa en la norma una diferencia en el tratamiento de las cuestiones que hace el artículo 1102 para el supuesto opuesto, que es el de la condenación del acusado en el juicio criminal. En este caso, la norma literalmente interpretada está señalando que en el proceso civil no se puede contradecir lo que se expuso en el proceso penal sobre la existencia del hecho principal y sus características esenciales. Queda claro, entonces, que aquí lo que actúa con efectos prejudiciales y condicionantes de la sentencia civil es la existencia del hecho principal, el que no puede controvertirse en sede civil. Pero asimismo ninguna otra situación del proceso penal o de la sentencia penal se proyecta con efectos decisivos sobre el proceso civil, sin perjuicio del valor probatorio que pudiera tener ese expediente penal. Aquí nuevamente hay que señalar que esta norma sienta un principio que debe ser analizado y aplicado cuidadosamente y atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto. No se la puede aplicar como una norma que contiene un principio dogmático, cerrado y abstracto; todo lo contrario, debe ser su aplicación acorde a las características del caso. Otra cuestión importante a tener en cuenta es que hay que ver cómo se llegó en el proceso penal a la sentencia absolutoria. Luego de leer detenidamente la sentencia se observará si esta absolución guardó relación directa con la inexistencia del hecho imputable al demandado o en alguna otra característica del proceso que lo desvincule del hecho principal. No parece que el legislador haya querido cerrar la cuestión sobre el análisis de la culpabilidad del absuelto en sede penal y posible absuelto o condenado en sede civil, ya que esta cuestión no se encuentra cerrada como sí lo está en el artículo 1102, donde además de la existencia del hecho penal no se podía impugnar la culpa del condenado. De manera tal que en un proceso donde tenemos una

sentencia penal absolutoria, sí podemos probar y perseguir la culpa del absuelto en sede civil. En tal sentido, se habría sostenido que “entre el artículo 1102 del Código Civil que regla los efectos de la sentencia penal condenatoria y el artículo 1103, que se refiere a los de la sentencia penal absolutoria, ambos en sede penal, existe una marcada diferencia. En el primero se mencionan dos calificaciones, cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil: la existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado; en cambio, en el 1103, sólo se menciona una sola calificación que establecida en la causa penal hace cosa juzgada en sede civil, y es la referida a la inexistencia del hecho principal sobre el que recayó la absolución, a la que se equipara en este tema la ausencia de la calidad de autor en el imputado, lo que equivale a la inexistencia del hecho” (LLBA, 1994-209) (conf. Piedecasas, Miguel A.: “Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil”, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-3, “Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal”, págs. 81/82).-

Se ha seguido considerando que es importante reiterar en todo momento que hay que observar cuál ha sido el motivo utilizado en sede penal para absolver al imputado, ya que no podemos hacer una exégesis irrazonable de la sentencia penal absolutoria y proyectar sobre la sentencia civil elementos aislados de la causa penal. Tampoco podemos sostener que una sentencia penal absolutoria pueda trasladarse automáticamente en la proyección de sus efectos al proceso civil. Esto no puede ser considerado de esa manera. La Corte sentó estos principios en los autos “A. C. c/ C.” del 29/04/97, y expresamente admitió un recurso extraordinario cuando observó que se había trasladado en forma automática la sentencia penal absolutoria a la sentencia civil, sin observar cuál había sido la causa para absolver al imputado, considerando entonces que esta modalidad de trabajo y de traslación transgrede la adecuada fundamentación de los fallos judiciales, como exteriorización del cumplimiento de la garantía del debido proceso de los justiciables, y lleva a una exégesis irrazonable de la sentencia penal absolutoria. El camino a recorrer es determinar por qué causas o motivos se puede absolver a un imputado en sede penal. Luego de marcar solamente aquellas causas o motivos que refieren a la propia existencia del hecho principal, sea porque no lo cometió o porque existe una participación del absuelto justificada por la ley, que no lo hace reprochable desde el punto de vista subjetivo. Sin embargo cabe, recalcar que el artículo 1103 del C. Civil no está señalando que el absuelto no pueda ser responsable en sede civil, sino que lo que está marcando claramente es que no podrá fundarse la responsabilidad o irresponsabilidad civil del absuelto penalmente en la caracterización de un hecho principal distinta de la que se hubiese analizado en el proceso penal. No se podrá entonces fundar la responsabilidad civil en una caracterización civil distinta de la que se ha hecho en el proceso penal. El juez civil puede condenar al absuelto

en sede penal, atendiendo al mismo hecho principal y a la misma caracterización, aunque llegando a conclusiones diferentes, pero sin contradecir lo que se señala y establece respecto del hecho principal. Por supuesto que si de la caracterización en sede penal del hecho principal surge que el imputado no fue autor, tampoco podrá serlo en sede civil, siempre hablando de la responsabilidad subjetiva y por el hecho propio. Porque podría ser responsable el absuelto en sede penal por un factor de atribución objetivo o por el hecho de los dependientes, lo cual demuestra claramente las distintas esferas de la responsabilidad civil respecto de la responsabilidad penal (conf. Piedecasas, op. cit., págs. 82/84).-

Si la sentencia absolutoria se fundó en la falta de autoría, ya sea porque el imputado no fue el autor del hecho, o lo fue la propia víctima o un tercero, obviamente que esta circunstancia incide sustancialmente en la sentencia civil; no podrá condenárselo civilmente por el hecho propio, en virtud de que ya ha quedado concluida la discusión en el proceso penal sobre la autoría de esta persona respecto del hecho que involucra a ambos procesos; en esta cuestión, en el proceso civil no podrá volverse sobre su análisis y se estará a la caracterización realizada en sede penal que se impone proyectándose sobre la sentencia civil. La norma del art. 1103 está limitada al hecho principal, el que no puede ser controvertido, explicitado o interpretado de una manera diferente -en cuanto a su caracterización principal, esencial en sede civil- que la que se realizó en sede penal. Sin embargo, a partir de la existencia del mismo hecho principal se puede llegar a conclusiones absolutamente diferentes en cuanto a la responsabilidad penal respecto a la responsabilidad civil. Así puede haber absolución en sede penal y condena en sede civil. Así se ha señalado en reiterados pronunciamientos que la absolución criminal, basada en la falta de culpa del acusado, no impide al juez civil declarar su culpabilidad a los efectos de la reparación de los daños causados por el hecho ilícito. La absolución del acusado en el fuero penal por estimarse que no media culpa o imprudencia, no impide en el juicio civil declarar la existencia de estos extremos a los efectos de la reparación del daño, porque la culpa se aprecia con criterios distintos, de tal modo que la irresponsabilidad penal no lleva a la exención de responsabilidad civil. Ello se ratifica en aquellos fallos que señalan que la absolución sólo hace cosa juzgada respecto de la existencia o autoría de los hechos supuestamente delictivos. Ello no sucede cuando se funda en otros motivos, y menos aún cuando el juez penal dejó expresamente a salvo que las partes confrontadas pudieran demandarse en otra sede. Ha de agregarse que otra situación particular se da cuando se ha absuelto al acusado en el fuero penal por vía de la duda en beneficio del imputado, por no estimarse suficientemente probada su culpa o negligencia. Esta situación no impide en el proceso civil efectuar un nuevo estudio de esos extremos a los efectos de apreciar la procedencia de la reparación del daño, aun cuando quien reclama la indemnización civil

haya intervenido en el proceso penal como particular damnificado (conf. Piedecasas, op. cit., págs. 85/88).-

Ya con la vigencia del nuevo CCCN y a la luz de lo dispuesto por el art. 1777 se ha entendido que en los supuestos en que se haya sobreseído al imputado, debe diferenciarse según los fundamentos que sustentan dicha decisión. Si la resolución del juzgador penal se sustenta en que se encuentra acreditado que el hecho no se cometió, o que no lo realizó el imputado, el magistrado civil no podrá abstenerse de considerar dicha solución a fin de resolver la cuestión. Por el contrario, si el sobreseimiento se fundamenta en otras razones, el magistrado que intervenga en el proceso de daños quedará en absoluta libertad para decidir sobre las cuestiones que se le plantean (conf. Sáenz, Luis R.J., en Lorenzetti, op. cit., ídem, pág. 669).-

En la especie, como se expresó *ut supra*, el sobreseimiento dictado no se fundó en la inexistencia del hecho ni en la ausencia de participación de A. en el mismo, sino en que *"…la conducta del menor por falta de cuidado del adulto responsable produjo la concreción del resultado dañoso, por lo que el mismo no puede atribuirse jurídicamente al imputado, al no poder establecer la existencia de una violación al deber de cuidado, lo que empece cerrar el juicio de atipicidad…".* Esta conclusión si bien será atendida en el examen de la responsabilidad civil no obliga en esta sede por no tratarse del supuesto del art. 1777 precitado.-

4) Sentado lo precedente cabe señalar que la juzgadora, como se ha visto, concluyó que la conducta del menor, esto es, ubicarse debajo del camión fue la causa adecuada del siniestro, que interrumpió el nexo causal entre el movimiento del camión y el golpe de las partes de éste -las bombas del diferencial recubiertas de goma- con el menor, a lo que añadió que dado que el niño estaba debajo del camión, le era imposible al conductor percibirlo, además de que éste obró con precaución porque comenzó la maniobra "despacito" (ver sentencia a fs. 213 vta., 1er. párrafo).-

En cuanto a la violación de la ley nacional 24449 por la detención irregular del camión, ante todo cabe destacar que la ordenanza N° 5490/96 adhirió a dicha ley como a la provincial 4165 (hoy XIX N° 26) que a su vez adhiere a la citada ley nacional. La apelante citó las siguientes normas. El art. 48, inc. i) prohíbe la detención irregular sobre la calzada, el estacionamiento sobre la banquina y la detención en ella sin ocurrir emergencia. Asimismo el art. 49, en su inc. b) establece que no se debe estacionar ni autorizarse el mismo: *"1. En todo lugar donde se puede afectar la seguridad, visibilidad o fluidez del tránsito o se oculte la señalización; 2. En las esquinas, entre su vértice ideal y la línea imaginaria que resulte de prolongar la ochava y en cualquier lugar peligroso".*-

En la especie, el informe técnico fotográfico N° 282/19 que obra en un CD a fs. 96 de la causa penal (Caso 84.436) que he podido apreciar, se corresponde en sus vistas con lo expuesto por la jueza en su decisorio (ver sentencia a fs. 211 vta. *in fine*/212). De tales fotografías se puede apreciar que si bien el camión estaba estacionado en un pasaje y en un momento se aprecia que sus ruedas izquierdas están sobre la vereda, dicha infracción a las normas antedichas no reúnen la entidad suficiente como para generar el impacto del vehículo con el menor N., ya que mientras estuviera detenido, más allá de que lo fuera en una zona no habilitada, no generaba *per se* un riesgo, dado que por sus dimensiones, el camión resultaba fácilmente visible para cualquier peatón que estuviera atento a las circunstancias del lugar. Por lo demás, más allá de que el vehículo ocupaba gran parte del ancho del pasaje, no obstaculizaba totalmente el mismo, por lo cual tampoco puede entenderse que impedía totalmente la visión sobre la calzada.-

Con relación a la maniobra prohibida de retromarcha, la jueza hizo referencia a que el impacto del camión con el menor se produjo cuando el rodado fue puesto en movimiento de reversa y el niño estaba debajo del mismo (ver sentencia a fs. 213 vta., 1er. párrafo). Así la jueza refirió a los testimonios de L., M. y C. quienes coinciden en que el camión fue movido despacio y en ese momento escucharon el grito de N., con lo cual concuerda el propio relato de A. (ver acta de intervención policial en la causa penal a fs. 01, y declaraciones de fs. 28/vta., 29/vta. y 116/vta.).-

La testigo L. volvió a declarar el 05/09/19 (ver CD de fs. 99), y reiteró que ella recibió la mercadería entregada que era para la casa de su tío (unas chapas), y que el chofer y los dos acompañantes (M. y C.) se quedaron en el camión charlando por unos diez minutos, y durante ese tiempo N. estaba jugando en la calle con dos amiguitos, y cuando el camión arrancó escuchó el grito y vio salir a N. debajo del camión, a lo que agregó que cree que lo aplastó con las ruedas. Por su parte la mamá de N., N. U., dijo en el acta de inspección policial (ver fs. 02) que escuchó el grito y vio a su hijo que había sido golpeado por la rueda del camión, ya que estaba debajo del mismo porque fue a buscar una cosa que se le había caído. La misma declaró el 16/09/19 (ver CD de fs. 106), donde amplió detalles, explicando que N. estaba jugando con dos amigos y que ella había vuelto de realizar un trámite en la terminal de ómnibus, pero que en su caso estaba su primo que es un adulto. Vio a N. jugando en la cuadra de enfrente. Cuando entró y escuchó que el camión arrancaba, salió a ver donde estaba su hijo, y ahí escuchó el grito del niño y al verlo ensangrentado enseguida lo llevó al instituto médico. Luego de varios días le preguntó a su hijo que pasó y le dijo que estaba jugando en la vereda de enfrente con los autitos, y como la acera está en bajada, un auto se le cayó debajo del camión y por eso él fue a buscarlo cuando el vehículo lo golpeó. Tanto la testigo L. como U. al absolver posiciones reconocieron en sede

civil lo manifestado en sede penal, de acuerdo a las videograbaciones de sus declaraciones que he podido observar.

Por su parte el codemandado A., también absolvió posiciones en esta sede civil, y de la videograbación correspondiente resulta que el mismo negó haber efectuado una maniobra de retromarcha, sino que expresó que avanzó con el camión hacia adelante despacio. También mencionó que cuando llegaron vieron a un grupo de chicos jugando en la calle pero lejos de donde estacionaron el camión, agregando que al avanzar miró por los espejos pero no vio a nadie detrás del vehículo. Por su parte de las videograbaciones de las declaraciones de los testigos M. y C. en esta sede, coincidieron en que estaban en la cabina junto a A., y que desde ese lugar a través de los espejos retrovisores no se alcanza a ver debajo del camión, sino que sólo se ven los laterales del rodado hacia atrás. También coinciden en que el menor salió debajo del camión. Estos testigos, en sede penal, no declararon que el camión fue puesto en movimiento en retromarcha, es más M. expresa que fue movido hacia adelante, pero también afirmó que al llegar al lugar vieron a los chicos jugando en el pasaje pero no los vieron cuando subieron al camión (ver fs. 28/vta. y 29/vta. de la causa penal).-

Es así que la única testigo que declaró que A. movió el camión para atrás es L., mientras que M. coincide con el codemandado A. en que éste dio marcha hacia adelante. Es así que no está probado, más allá de lo indicado por la juzgadora de grado, que el menor fuera golpeado por las bombas de freno del camión cuando éste fue movido hacia atrás.-

No obstante lo anterior, lo que encuentro relevante es lo expuesto por la actora apelante respecto a la falta de cuidado del codemandado A. Es que en lo que identifica como tercer causa del evento, la actora recurrente señaló, en base a la pericia accidentológica, que la causa primaria del siniestro fue la falta de atención, cuidado y prevención del conductor del camión, que al momento de iniciar la circulación, y teniendo en cuenta el alto fluido de menores en la calle, debió llamar la atención con balizas o la bocina antes de salir con el vehículo. Al respecto es de considerar que tanto el codemandado A., como los testigos M. y L. revelaron que cuando llegó el camión había chicos jugando en la calle.-

Por su parte, en la pericia accidentológica practicada en sede penal y que obra en CD, el experto, Sargento 1ero. R. C. B., al explicar la dinámica del evento, señaló que al iniciarse la marcha del camión embistió al menor que se habría ubicado en la zona posterior y baja del rodado, siendo golpeado en la cabeza (parieto occipital izquierdo) con las bombas de freno del diferencial, añadiendo que el conductor del camión no se percató del ingreso del menor por debajo del camión. Señaló que la calle es muy angosta y debido a la forma en que se estacionó el vehículo, el conductor habría retrocedido unos centímetros para bajar del cordón cuneta (ver pto. B de la pericia).-

Al identificar las causas que motivaron el accidente, dictaminó que la causa primaria fue *"…la falta de atención cuidado y prevención por parte del conductor del vehículo tipo camión, que al momento de iniciar la circulación y teniendo en cuenta el alto fluido de menores en la calle no verificar la circulación y llamar la atención con baliza bocina antes de salir, siendo un vehículo de reparto de material debe tomar mayor precaución a la hora de reparto, nunca debe descender de la cabina del camión ya que pierde la atención de la conducción y su entorno, en donde si se habría quedado en la cabina habría podido observar por el espejo el ingreso al menor…El conductor del vehículo tipo camión no estaba detenido con baliza. Por lo tanto no tuvo percepción del peligro…".* Asimismo citó en apoyo de su conclusión los arts. 39 y 49, inc. b) de la ley 24449 (ver pto. C de la experticia).-

En cuanto a la causa secundaria, destacó que se debió *"…a la falta de atención, cuidado y prevención por parte de los tutores del menor ya que el niño embestido por el camión de reparto tenía 6 años de edad, a esa temprana edad el niño no pude* (sic) *transitar por la calle ya que no tiene conocimiento del peligro y por donde transitar ya que solo debe hacerlo por la vereda, los vehículos pueden ser llamativos como juegos para esa temprana edad. El niño no tiene conocimientos de cómo cruzar la calle o porque no acercarse a los vehículos. Por lo tanto el niño no tiene percepción del peligro, donde se transforma en protagonista activo que por su propia acción se involucra en el siniestro".* Y cita el art. 38, inc. a) 1 de la ley 24449 (ver pto. C de la pericia).-

Entiendo que la experticia es clara en atribuir parte de la responsabilidad al conductor, con lo cual la interrupción del nexo causal por el hecho del menor -que debía estar bajo la vigilancia de sus padres- resulta parcial. Es que dadas las características del lugar (estrechez de la calle), y la circunstancia de que al llegar el camión se tenía conocimiento de la presencia de los menores jugando en la calle, se imponía que se extremaran los recaudos al comenzar la marcha del vehículo para verificar que ninguna persona se encontrara detrás del mismo. Y si como alega la parte demandada, no se podía observar correctamente desde los espejos retrovisores, de los tres empleados de la empresa de materiales, al menos uno debió permanecer fuera de la cabina para constatar la inexistencia de persona u objeto que impidiera u obstaculizara la marcha del camión al comenzar la misma.-

Es así que en la maniobra antedicha, encuentro que se infringió el art. 39, inc. b) de la ley 24449 que establece que los conductores deben: *"En la vía pública, circular con cuidado y prevención, 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. Cualquier maniobra deben advertirla previamente y realizarla con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito…".* En la especie, como quedó dicho el conductor o alguno de sus acompañantes debieron descender del vehículo para

verificar, al iniciarse la marcha del camión, la ausencia de personas u objetos que pudieran afectar la seguridad y fluidez de la maniobra, con mayor razón dada la estrechez de la calzada y el previo conocimiento de la presencia de menores jugando en la misma.-

Con todo, y a pesar de que en la experticia se señala como causa secundaria, la falta de atención y cuidado de los padres del menor, tiene trascendencia a fin de que la eximente del hecho de la víctima tenga efectos parciales en la interrupción del nexo causal entre el riesgo generado por el camión en movimiento y el daño sufrido por el menor. Al respecto es de considerar que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN (art. 390 del CPCCChubut), puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios. En apoyo de la doctrina expuesta, la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280) (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 2, págs. 343/344).-

Ahora bien, también es de tener en cuenta, con relación a la relevancia de la prueba pericial que es sabido que el dictamen no reviste el carácter de prueba legal, dejando en libertad al juez para apreciar las conclusiones del experto y aun para sentenciar en contra de ella, si bien, no podrá ignorarlo sino tasarlo, atendiendo a una variedad de reglas legales. Lo sustancial, en la cuestión, es concluir que el dictamen es un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de las cuales se requieren “conocimientos especiales”, o como se ha definido un “juicio de hecho”, verdadero presupuesto fáctico del derecho que aplicará el juez al caso particular. Esta configuración del dictamen, que se remonta en el ámbito nacional a principios del siglo pasado, es la predominante también en el derecho extranjero a consecuencia de una evolución legislativa que se aprecia encaminada a un fortalecimiento de la función jurisdiccional, consistente, en definitiva, en dejar exclusivamente en manos del juez de la causa la declaración de la certeza de los hechos litigiosos. 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” (conf. CN. Civ., Sala F, 6/11/91, LL, 1992-D-327) 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., Sala D, 14/2/80, LL, 1980-B143; íd., Sala E, 19/8/82, LL, 1983-A-472; íd., Sala C, 14/6/91, LL, 1991-E-489; entre otros). En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto (conf. CN. Civ., Sala F, 10/9/82, LL, 1983-B-204). En todos los supuestos fundará su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe (conf. CN. Civ., Sala L, 31/10/90, LL, 1992-D-601), 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). Asimismo por las razones indicadas, el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de declaraciones de testigos. Inclusive, las conclusiones del perito deben prevalecer sobre las observaciones de los consultores técnicos de las partes. Aun con la prolija enumeración de las pautas indicativas del artículo 477 del CPCN (art. 481 del CPCCChubut), es difícil fijar normas generales en relación a la apreciación del dictamen pericial sin caer en el casuismo. Basta recordar que en algunos casos, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, la opinión del técnico es decisiva, lo cual no ocurre en otras circunstancias. La existencia de aspectos técnicos así lo indican, como pueden ser, a título de ejemplo, los litigios con cuestiones relativas a la prolongación de canalización eléctrica subterránea (conf. CN.Fed., Sala Civ. y Com., 11/7/67, LL, 127984), así como en los procesos de incapacidad e inhabilitación de las personas y en los juicios expropiatorios (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, págs. 521/523).-

Sentado lo anterior, en oportunidad de decidir accidentes de tránsito donde las víctimas resultaron ser peatones, lo hice en un precedente de esta Sala “B”, SDC N° 05/12, del 05/03/12, en un caso en el que la víctima era un menor peatón quien, luego de mirar a ambas direcciones decidió cruzar una ruta en zona rural, por lo que se le enrostró la responsabilidad del evento exclusivamente en el decisorio de primera instancia. Allí razoné que si bien no cabe duda que la conducta del entonces menor fue imprudente por pretender atravesar la ruta en un lugar por demás peligroso (curva) y por delante del colectivo (lo que dificultaba la percepción de la conductora de la camioneta), también es cierto que la presencia del micro al costado de la ruta debió haber advertido a esta última de la posible presencia de algún peatón que intentase el cruce, por lo que era esperable que tomara las precauciones del caso, como disminuir la velocidad. En ese orden de ideas se ha sostenido que la interrupción total del nexo causal y el funcionamiento a pleno de la eximente del

artículo 1113 del Código Civil -vigente a ese momento-, 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 tránsitoI", 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 en una situación similar a la referida en el precedente mentado 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, M. C.", cit. en "Revista de Derecho de Daños. Menor dañino y menor dañado", 2002-2, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 357).-

En el precedente de esta Sala "B", SDC N° 41/07 del 14/11/07, se trataba también de una menor que circulaba distraídamente sobre la calzada y no sobre la acera, lo cual me llevó a concluir que la circulación de la víctima por la calzada, sin que existan razones que la justifiquen, importó una conducta antirreglamentaria por violar lo dispuesto por los arts. 38, inc. a) de la ley 24449 (conf. ordenanzas 3980/96 y 5490/96). Continué razonando que la conducta desaprensiva de la menor en cuanto a su tránsito peatonal en la calzada y sin estar atenta a las circunstancias del tránsito, resultó una causa adecuada para que se produzca el evento. Abona dicha conclusión la jurisprudencia que sostiene que el peatón

debe preservarse de los peligros del tránsito, debe actuar con cuidado y prudencia, ser diligente y tener conciencia de su fragilidad (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala I, 25/9/81), así como que no debe prevalerse de la prioridad, que en ciertos casos tiene, para no observar elementales normas de cuidado (conf. ídem, 29/6/81) (ambas citas en Daray, Hernán: "Accidentes de tránsito", Ed. Astrea, 1984, pág. 166, nros. 2 y 3). Sin embargo, también recordé la copiosa jurisprudencia referida a la circunstancia del peatón distraído.

Así se consideró que la presunción de culpabilidad contra el peatón que cruza la calzada en forma distraída y hasta imprudente, no debe ser entendida como excluyente de la sanción a la culpa que, concomitantemente, puede recaer sobre el conductor que ocasionó el accidente (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala I, 7/11/79); o que no basta que el peatón haya obrado distraídamente, ya que ello puede constituir una circunstancia común inherente al tránsito, que debe ser motivo de permanente atención por parte del conductor de una cosa potencialmente riesgosa, quien debe extremar su diligencia para evitar la causación de daños o terceros (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala II, 4/9/81) (ambas citas en Daray, op. cit., págs. 155/156, nro. 1; y pág. 157, nro. 10). En el mismo sentido se sostuvo que el criterio dominante de la jurisprudencia indica que la actitud distraída de un peatón es un riesgo común e inherente al tránsito callejero, por lo que el conductor del automóvil, tiene la obligación de estar atento a las evoluciones imprevistas de la circulación (conf. Cám. 7ª Civ. y Com. de Córdoba, S. 116 del 21/11/97, cit. en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito-II, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 291, pto. g). Asimismo tomé en cuenta que el conductor había visto a la víctima acercarse peligrosamente, por lo que concluí que éste había infringido lo dispuesto por el art. 39 de la ley 24449, que en su inciso b) dispone que los conductores deben: *"En la vía pública, circular con cuidado y prevención, 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".* En base a lo antedicho, consideré claro que la presencia de peatones distraídos implica una circunstancia del tránsito, lamentablemente harto frecuente, que debe ser considerada por los conductores. Como conclusión coincidí con el colega que había votado en primer lugar, en distribuir la responsabilidad en un 50% a cada parte.-

En otro precedente similar de esta Sala, SDC N° 42/08, del 31/10/08, en el que el peatón cruzó una avenida de doble mano de manera peligrosa pero no imprevista, señalé que "la grave presunción que deriva de quien aparece como embestidor se acentúa más cuando se trata de la embestida a un peatón, atento a que el conductor del vehículo se presenta frente a él como guardián o valiéndose de una cosa peligrosa" (conf. CN. Esp. Civ., y Com., Sala I , 23/3/81, cit. en Daray, op. cit., pág. 156, nro. 2); "El peatón distraído, incluso el imprudente, es un riesgo inherente al tránsito, por lo que es el guardián de la cosa peligrosa

quien debe estar atento a las evoluciones del tránsito y la limitación de su responsabilidad originada en la pretensión de invocar el haber actuado dentro de la esfera exigible del cuidado o control no reconoce fundamento en la ley, doctrina o jurisprudencia" (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala I, 23/3/81, cit. en Daray, op. cit., pág. 156, nr. 4); "No basta que el peatón haya obrado distraídamente, ya que ello puede constituir una circunstancia común inherente al tránsito, que debe ser motivo de permanente atención por parte del conductor de una cosa potencialmente riesgosa, quien debe extremar su diligencia para evitar la causación de daños a terceros" (conf.CN. Esp. Civ. y Com., Sala II, 4/9/81, cit. en Daray, op. cit., pág. 157, nro. 10); "Si bien puede concluirse que la víctima obró imprudentemente, al pretender atravesar la calle por un lugar no habilitado para ello y que la demandada guiaba el automóvil a baja velocidad, no se descarta la posibilidad concreta de que obrando con la mayor diligencia exigible pudiera haber detenido el vehículo antes de embestir al peatón, evitándose el luctuoso accidente" (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala II, 17/12/82, cit. en Daray, op. cit., pág. 158, nro. 13). Y recordé que Mosset Iturraspe ha explicitado diversas circunstancias en las cuales resulta factible atribuir responsabilidad al peatón. Al respecto, el doctrinario santafesino, luego de establecer que "El peatón, el que avanza a pie comprometiendo su integridad psicofísica, su salud, debe gozar de un tratamiento privilegiado, de consideraciones excepcionales en el tránsito", señala que "El "beneficio de la duda" significa que la participación reprochable del peatón en el suceso debe probarse de manera acabada o convincente. Mientras ello no ocurra, es la víctima merecedora de resarcimiento. Sus infracciones son, al menos como regla, consideradas leves o menores. Sus distracciones, vacilaciones o dudas en la marcha, avances o retrocesos mientras intenta el cruce peatonal, así como los apartamientos de la senda señalada o la lentitud en el cruce, parecen insuficientes como para liberar al conductor del vehículo que lo embiste o atropella. Ninguna de estas conductas...es sorpresiva o fuera de lo habitual. Todas son perfectamente previsibles y de allí que deba evitarse la colisión...El peatón sólo carga con las "violaciones graves" a las reglas del tránsito...¿Cuáles son esas violaciones graves?. Pensemos 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...Conductas peatonales que aparecen como fuera de lo ordinario, que no pueden contrarrestarse, que no son susceptibles de dar pie a reacciones evitativas o impeditivas del accidente" (conf. Mosset Iturraspe, Jorge: "Accidentes de tránsito. Las víctimas. Legitimación activa. El peatón. El dueño de la cosa dañada. El poseedor. Grupo familiar. Convivientes. Los herederos como legitimados activos", en Revista de Derechos de Daños, "Accidentes de tránsito" I, Rubinzal-Culzoni Editores,

págs. 200/202). Como conclusión atribuí la responsabilidad de manera exclusiva al conductor.-

En cuanto a la falta de cuidado de los padres o responsables respecto de los menores, existen antecedentes en los cuales 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 una 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 de un 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 los precedentes expuestos y de la doctrina citada, y a pesar de que en la pericia se consideró como causa primaria la falta de cuidado y atención del conductor, entiendo que la ausencia de la vigilancia de los padres o responsables respecto de la presencia de N. en la calzada tuvo una relevancia equivalente, por lo cual habré de proponer acoger parcialmente el agravio, para imponer la responsabilidad a los codemandados, en razón del factor objetivo que motiva dicha responsabilidad -dadas las calidades de dueño y guardián de la cosa riesgosa- en un 50%. Es así que habrá de reducirse la condena, en caso de prosperar los rubros reclamados, en dicha proporción.-

5) Dado que se concluyó en la responsabilidad parcial de los codemandados, corresponde analizar los rubros reclamados por la actora y las defensas que en primera instancia opusieron los demandados frente a ello, atento a que no han sido examinados en el decisorio de grado en virtud de que se los absolvió de responsabilidad alguna. Al respecto cabe recordar que la doctrina de la apelación implícita, es un mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio, de acuerdo al cual, la Alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia le asistían al órgano de primera instancia, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones planteadas tanto al demandar la parte actora, como también las defensivas opuestas por la demandada al contestar la acción, merced a que la sentencia no ingresó a considerar (conf. doct. art. 277 del CPCC; esta Cámara, c. 11.357, SDL 88/95; c. 11.827, SDL 16/96; c. 11.836, SDL 28/96; c. 12.023, SDC 18/96, entre otros; ídem Morello-Sosa-Berizonce, en “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, 2da. Ed., año 1988, Tº III, págs. 111 y jurisp. cit. en págs. 406/407 y 418/419; conf. SCBA, Ac. Y Sent. 1985-I-142; CN. Civ., Sala A, LL, 1985-E195; íd. Palacio, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, ed. Año 1975, Tº V-465; Loutayf Ranea, Roberto: “El recurso de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, ed. Año 1989, Tº I, págs. 78/79).-

La actora reclama, en primer lugar, el rubro por la lesión física, señalando que a causa del accidente, N. resultó gravemente lesionado sufriendo traumatismo encéfalocraneano, recibiendo los primeros auxilios para luego ser trasladado al Hospital local. Hizo alusión a los estudios que se le realizaron al niño, el tratamiento recibido, y que permaneció internado en pediatría desde el día del siniestro (21/05/19) hasta el 12/06/19, otorgándosele el alta médica con indicación de reposo por treinta días y estricto control médico. Añade que al momento del egreso contaba con diagnóstico de hematoma extradural pequeño, fractura orbitaria izquierda, fractura esfenoidal, fractura occipitoparietal izquierda y fístula con drenaje de LCR por narina izquierda superada. Es así que entiende que resultó dañada la capacidad productiva del menor, por lo cual, tomando el salario mínimo vital y móvil (SMVM) vigente al tiempo del siniestro, y una incapacidad estimada en el 30%, requirió el capital de $ 11.373.519,09 por aplicación de la llamada fórmula “Méndez” (ver fs. 20, últimos párrafos/21, 1er. párrafo).-

Por su parte los demandados y la citada en garantía, con relación a la incapacidad sobreviniente, señalan que no es de aplicación la fórmula Acciarri, si bien reconocen que la actora no solicitó su aplicación, ahondando en la postura de dicho autor. Admiten que es correcto el SMVM mencionado por la contraria de $ 12.500, lo cual hace un monto anualizado de $ 162.500, mas consideran que debe partirse desde la edad de 18 años del

menor hasta la edad jubilatoria de 65 años, por lo cual el período total es de 47 años, arrojando un monto de $ 2.533.217,05 con una incapacidad del 100% de la total obrera. Y si bien niegan que la incapacidad del menor sea del 30%, en ese caso la suma a reconocer ascendería a $ 759.965,11 (ver fs. 61, último párrafo/62 vta., 1er. párrafo).-

Las lesiones, estudios y tratamientos recibidos por N. se acreditan con la historia clínica del menor agregada a fs. 53/84 de la causa penal. Ahora bien de la pericia médica obrante a fs. 156/157 se desprende que, del examen físico pericial, no se evidenciaron daños estéticos, dificultades motrices, limitaciones funcionales, ni secuelas (ver fs. 156 vta., puntos solicitados por parte actora). Esto fue ratificado en los puntos de pericia de la demandada, a lo que se agrega que, tanto del examen físico pericial como de la evaluación oftalmológica solicitada, no se advierte en el niño, estrabismo ni alteración en la movilidad ocular, es más se advierte ortotropía, esto es, que los ejes visuales se encuentran alineados en todas las posiciones de mirada. Finalmente se dejó constancia que no se advierten fracturas de cráneo (ver fs. 157). Es de destacar que la pericia médica no fue impugnada por ninguna de las partes.-

Atento a que el rubro de incapacidad sobreviniente fue requerido como consecuencia de las lesiones físicas, al no constatarse secuela incapacitante alguna, de acuerdo a lo dictaminado por el experto, habrá de desestimarse este rubro.-

Finalmente el otro ítem requerido es el resarcimiento por daño moral. La actora destaca que la importante lesión física sufrida por N. le produjo mortificaciones y afectó su vida de relación, lo que se deduce además de las circunstancias del siniestro, así como del largo período de internación, tratamiento y controles médicos permanentes, a lo que adiciona que debió dejar de asistir a la escuela, imposibilitando el desarrollo de una vida de relación normal. Indica que la prueba pericial psicológica dará cuenta de los padecimientos sufridos por N., los que continúan hasta la actualidad. Es así que reclama la suma de $ 2.274.703,81 (ver fs. 21).-

Sobre este daño, la demandada refiere a que no se indemniza el “precio del dolor”, sino el “precio que puede causar consuelo”, por lo que se trata de que el damnificado obtenga gratificaciones para lograr alegrías, gozos, descanso de la pena, afectándose el dinero para actividades artísticas, sociales, de esparcimiento que otorguen consuelo. Añade que resulta contradictorio que se fundamente en la demanda la cuasi pobreza de la familia del niño con la deducción del beneficio de litigar sin gastos, y por otra parte se pretende una indemnización abultada, atendiendo a la gravedad del hecho. Cita jurisprudencia y doctrina, refiriendo a la aplicación del art. 1741 del CCCN (ver fs. 62 vta./64 vta., 1er. párrafo).-

Al respecto he de decir que recientemente, en el precedente de esta Sala B, SDC N° 04/24 del 04/04/24, he razonado que el actual art. 1741 del C. Civil y Comercial, establece en su último párrafo que *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".* Al respecto se ha entendido que en la actualidad se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba "el precio del dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias; se trata de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado, de permitirle acceder a gratificaciones viables, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Nacional, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales", y agregó que "…la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (conf. CSJN, 4/12/11, in re: "Baeza, Silvia Ofelia c/Provincia de Buenos Aires y otros", R.C. y S., 2011-VIII-176) (conf. Galdós, op. cit., ídem, págs. 503/504).-

Entiendo que estos conceptos son plenamente aplicables al *sub examine*. Dicho ello, de la historia clínica precitada surge el largo tiempo de recuperación que tuvo N. como consecuencia de las lesiones padecidas, las que evidentemente fueron graves, más allá de que no se tradujeran en incapacidad sobreviniente. En la pericia psicológica, que tampoco fue impugnada por las partes, se dictaminó que los sucesos que promueven las actuaciones han tenido para la subjetividad cierto grado de impacto, que según el relato de la madre, ha afectado la seguridad, confianza, autonomía y desarrollo escolar del menor (ver fs. 169, pto. V, 1er. párrafo). Más adelante se precisó que el niño se muestra con tendencia a la inhibición, inseguro y con temores, evita hablar del siniestro dado que le genera angustia y fastidio, apreciándose indicadores de inseguridad y baja autoestima. No obstante ello, de la entrevista con la madre surge que la misma expresó que N. se muestra retraído y que cuenta con pocos recursos para desenvolverse en forma autónoma y con confianza, lo que relaciona con el siniestro, ya que previamente no se comportaba de esa forma. Agrega que necesita de otra persona para sentirse seguro. La profesional concluye que los miedos que

demuestra el menor no lo paralizan, no pudiendo determinar las afecciones producidas en su proyección de vida (ver fs. 169 vta./170, pto. VI, ptos. b), d) y e).-

De lo reseñado colijo que el siniestro ha producido afecciones de orden espiritual y anímico en N., ya que presenta miedos, retraimiento y falta de confianza, lo cual evidentemente, genera inquietud de espíritu e intranquilidad, más tratándose de un menor que sufrió el evento a los seis años. Es por ello que considero adecuado, dada la edad del menor, compensarlo con una suma que le permita adquirir un equipo de “Play Station 5” y de acuerdo a la plataforma “Mercado Libre”, el promedio de precios de dichos equipos oscila en la suma de $ 2.000.000 a valores actuales de esta sentencia. Mas al cuantificarse la eximente de responsabilidad en un 50%, la suma final se establece en $ 1.000.000.-

Es así que haré lugar a este rubro por el monto indicado, el cual al ser determinado a la fecha actual, llevará intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro (21/05/2019) hasta la de este pronunciamiento, y desde esta última hasta la del efectivo pago a la tasa activa que percibe el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas; con capitalización de los intereses desde la fecha de notificación de la demanda (conf. art. 770, inc. b del CCN).-

III.- En consecuencia de lo razonado corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado a los fines de hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por E. S. F. y N. E. U., en representación de su hijo N. S. F., contra J. C. M. y N. A. por daños y perjuicios. En consecuencia, condeno a los codemandados y a la citada en garantía S. C. de Seguros Limitada *in solidum* y en la medida del seguro, a abonar a los actores la suma de pesos un millón ($ 1.000.000), con más intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro (21/05/2019) hasta la fecha del presente decisorio, y desde esta última fecha hasta la del efectivo pago a la tasa activa que percibe el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas, con capitalización de intereses desde la fecha de notificación de la demanda (conf. art. 770, inc. b del CCCN); confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.-

Ante la revocatoria parcial, se impone la readecuación de las costas de grado en los términos del art. 282 del CPCC. Atento a que se distribuyó la responsabilidad en el evento en un 50% a los demandados, entiendo que debe replicarse la distribución de las costas en tal porcentaje. Mas a ello debe añadirse que se rechazó el rubro por incapacidad sobreviniente, y dado que se solicitaron sólo dos rubros, una distribución aritméticamente exacta de las costas conllevaría a imponerlas a la actora en un 75%, ya que de esa manera se reflejaría de manera cuantitativa el vencimiento parcial y mutuo entre las partes en los términos del art. 72 del rito. Sin embargo, sobre este punto es sabido que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis

aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140). Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: "C. L. c/ Pcia. del Chubut", SD 07/91 y "C. de R. c/ C. C. y otro", SD 03/93).-

Al respecto habré de recordar que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465).-

En la especie, más allá del rechazo del reclamo por incapacidad sobreviniente, encuentro que la actora pudo creerse con derecho a dicho reclamo, ya que la inexistencia de incapacidades en N. se determinó recién al practicarse la pericia médica. Es así que de acuerdo a la mentada visión global del juicio y de los intereses en juego, encuentro

equitativo imponer las costas en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada, por reflejar adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre ambas (conf. art. 72 del ritual).-

En cuanto a los emolumentos por las tareas desempeñadas en la instancia de origen, dado el mérito y extensión de las mismas, así como el resultado del pleito, propongo readecuar los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte actora, Dres. D. G. L. y M. I. T., en conjunto, en un 11,5%; los de los letrados apoderado y patrocinante de los demandados y de la citada en garantía, Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 18%; manteniendo los de los peritos Dr. V. M. y Lic. S. T. A., en un 3% para cada uno; en todos los casos sobre el monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, y siempre que tales porcentajes superen los mínimos legales; con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 18, 36, 38, 46 y 60 del arancel; y leyes 23349 y 23871).-

En cuanto a las costas de Alzada, por los mismos motivos enunciados para la distribución de las de grado, propongo imponerlas en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada (conf. art. 72 del ritual). Ello así por cuanto si bien los agravios versaron sobre la atribución de responsabilidad, es claro que la actora al pretender atribuir esta última a la demandada, en lo cual fue victoriosa parcialmente, también pretendió el resarcimiento de los dos rubros que reclamara, y como ya se dijo fue desestimado el de incapacidad sobreviniente. Y en esta instancia la accionante ya tenía conocimiento de la pericia que concluyó en la inexistencia de esta incapacidad, por lo tanto no encuentro que sea posible imponer las costas de alzada en un 50% a cada parte porque lo que fuera materia de agravio se limitó a la atribución de responsabilidad, ya que por efecto de la apelación implícita, este tribunal debió examinar los rubros requeridos en la demanda. -

Finalmente, por los trabajos efectuados en esta sede, y considerando las mismas pautas tenidas en cuenta para determinar los emolumentos de la instancia precedente, regulo los honorarios de los letrados patrocinantes de la actora, Dres. M. I. T. y D. G. L., en conjunto, en un 3,22% sobre el monto total de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 9, 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 CUESTIÓN, el Dr. Guillermo Nicolás Walter dijo:

1.- ACLARACIÓN PRELIMINAR.

El Dr. De Cunto ha realizado una correcta síntesis de la decisión atacada y de los agravios expresados por la parte recurrente. A ella me remito por elementales razones de economía de tiempo y para mayor claridad de mi voto (art. 34 inc. 5° apdo. “e” CPCC), agregando que coincido con la solución que propone el colega, por lo que entiendo

suficiente realizar a continuación las siguientes consideraciones para cumplir con el recaudo que me exige el art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut

2.- CONSIDERACIONES DE LA SOLUCIÓN A PROPONER.

2.1. Causalidadad y atribución de responsabilidad.

2.1.1. Efectivamente, al delimitar la cuestión sobre la cual este Tribunal debe ejercer su facultad revisora, advierto que las objeciones de la parte actora se centran en un único agravio: la atribución de la responsabilidad. La actora considera que la responsabilidad recae exclusivamente en la parte demandada, argumentando que no existió un vínculo causal adecuado entre la conducta de N. y/o sus progenitores y el siniestro, y por ende, entre dichas conductas y los daños resultantes.

2.1.2. Al analizar el razonamiento de la jueza de primera instancia, coincido con mi colega en que el encuadre jurídico que realizó es correcto. Al tratarse de un accidente de tránsito en el que un vehículo, en este caso un camión, atropelló a un peatón, resultan aplicables las normas de los artículos 1757 y 1769 del Código Civil y Comercial (CCCN). El primero establece la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas, mientras que el segundo dispone que se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos las normas relativas a la responsabilidad por la intervención de cosas.

Así, en materia de accidentes de tránsito, la responsabilidad es objetiva, lo que significa que el demandado debe probar los hechos que justifiquen su exención total o parcial de responsabilidad, una vez que está acreditada la relación causal de la cosa con el daño. De manera que, cuando se trata de siniestros que involucran uno o más vehículos en circulación, la responsabilidad se asigna objetivamente al propietario o guardián del vehículo que causó el daño, a menos que se demuestre que el daño fue causado por un hecho ajeno. En casos de daños causados por una cosa riesgosa, como un camión en movimiento, el propietario o guardián del camión debe asumir la responsabilidad, salvo que demuestre que el daño fue causado por la culpa de la víctima o de un tercero del que no es responsable. En suma, en el contexto de los accidentes de tránsito, el principio de atribución de responsabilidad es objetivo, y la presunción legal de causalidad derivada del riesgo es “iuris tantum” (conf. CACR, Sala Única, SDC N° 05/2024; CAT, Sala A, SDC N° 14/2013; SDC N° 15/2024).

Además, en este caso, la jueza aplicó correctamente el artículo 1729 del CCCN, que establece que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho de la víctima en la producción del daño, salvo que la ley o el contrato dispongan que deba tratarse de culpa, o de cualquier otra circunstancia especial.

En estos supuestos, para la eximición de responsabilidad, lo que deberá determinarse es si el hecho de la víctima provoca la exclusión de responsabilidad total o parcial por haber

sido tal hecho causa o concausa del daño. En un sentido específicamente técnico, lo que cuenta es la idoneidad o no de la actuación del damnificado para producir el evento dañoso, es decir la causalidad. Lo relevante es determinar si el obrar de la víctima se introdujo en la génesis del daño a manera de concausa o única causa adecuada (conf. CAT, Sala B, SDC N° 18/2010, con cita a SCBA, DJBA 130-81/82).-

De esta manera, el hecho de la víctima debe tener un impacto real en la causa del daño. Si no tiene la capacidad de generar el daño por sí mismo, ya sea como causa o contribuyente, no libera al responsable. Además, el hecho de la víctima no debe ser inducido por la otra parte, es decir, no debe ser forzada por el responsable, ya que en ese caso, la acción de la víctima sería una consecuencia de la acción del responsable, lo cual no tendría efectos liberatorios. Es importante destacar que la conducta de la víctima no se evalúa para establecer una responsabilidad subjetiva (como culpa o dolo), sino para determinar la relación de causalidad en el daño. Esto significa que, al analizar el impacto de las acciones de cada participante en un accidente, nos enfocamos en cómo esas acciones contribuyeron al daño causado. Si se invoca el hecho de la víctima como eximente, estamos hablando de la relación de causalidad, no de la autoría o de la legalidad de la conducta que causó el hecho (conf. CAT, Sala B, SDC N° 18/2010; SDC N° 20/2016).

Además, el hecho de la víctima como causal eximente de la responsabilidad civil objetiva, debe estar demostrado en forma clara y convincente, descartándose meras conjeturas. Para excluir de responsabilidad debe aparecer como la única causa del daño y revestir características de imprevisibilidad e irresistibilidad, propias del caso fortuito o fuerza mayor. No basta con cualquier hecho de la víctima para fracturar total o parcialmente el nexo causal, sino que su obrar debe haber gravitado en el resultado dañoso, debiéndose demostrar que su conducta fue la causa —única o concurrente— del hecho (conf. CAT, Sala A, SDL N° 29/2022, SDC 27/2021, SDC N° 14/2020, SDC N° 8/2020, SDC N° 21/2019 y SDC n° 03/2017, entre otras).

2.1.3. En síntesis, la sentencia de primera instancia estableció que no existió responsabilidad del dueño del camión marca AGRALE, modelo 9200 TCA – 2007, dominio X., propiedad de J. C. M. ni de su conductor N. A., toda vez que no hubo posibilidad para éste de poder divisar a N. a través de los espejos retrovisores cuando inició la marcha del rodado, por estar el niño ubicado debajo. En el núcleo de su razonamiento señaló "*…se ha acreditado que el menor estaba debajo del camión y que con los espejos retrovisores no se puede ver debajo del camión (v. declaraciones de M. y C.); la conducta de N. se presenta como imprevista e inevitable y su conducta importó una ruptura total del nexo causal, ya que no fue el riesgo o vicio de la cosa, sino el hecho del damnificado lo que determinó el accidente. La <u>única causa</u> eficiente la constituyó ponerse debajo del*

camión para buscar un autito, exponiéndose a ser arrollado por el camión" (el subrayado me pertenece). Consideró así que existió de parte del niño una participación suficiente para romper el nexo de causalidad para atribuir responsabilidad a los demandados, matizado con el incumplimiento de los deberes de los progenitores del niño, quien estaba jugando en la calle sin vigilancia alguna.

Así, establecido por la resolución que el hecho del infante al situarse debajo del camión pudo tener la suficiente capacidad para interrumpir el nexo causal entre el riesgo del camión en movimiento y los daños que el mismo sufriera, y siendo ese el centro de la crítica planteada por los recurrentes, corresponde indagar acerca del nexo de causalidad adecuada con el fin de examinar la interrupción de dicha relación.

2.1.4. Nuestro ordenamiento positivo ha receptado en materia de responsabilidad civil la teoría de la causalidad adecuada, lo que impone una prognosis póstuma, consistente en determinar luego del hecho (*ex post facto*) la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. Procedimiento que requiere, ante todo, comprobar si existe un nexo de "causalidad natural" o "de hecho"; para luego comprobar si el daño se hubiese verificado igualmente, aun en ausencia del hecho que constituye la fuente de responsabilidad, para determinar la eficiencia de la causa. Esto es, si ha existido una condición *sine que non*, que sirve para evitar que la responsabilidad pueda ser utilizada para colocar al damnificado en una posición mejor a la que tendría si el hecho ilícito no hubiese acaecido (conf. F., Francisco Alberto: "Aproximaciones a la responsabilidad extracontractual del estado por omisión", en "Revista de Derecho de Daños", ya citada, 2010-3, págs. 241 y 247/248).

Por eso, no corresponde dar a aquella vinculación por sobreentendida sino que debe realizarse un análisis concreto de las circunstancias del caso para explicar si es viable establecer esa relación causal, en tanto no proceden las generalizaciones en materia de causalidad. Como se ha dicho, "…la causalidad es el reino de la concreción, de lo particular, del caso concreto; en ella las divagaciones, las generalizaciones excesivas y las abstracciones desmesuradas, tienen efectos nocivos, motivo por el cual no debe en este plano echarse mano a ocurrencias ajenas o frases hechas, sino verificar con detalle y minuciosidad los hechos probados de la causa, evaluando lo que era previsible para un sujeto de condición media, al momento del evento dañoso (conf. CAT, Sala A, SDC N° 11/2013).

Allí, la teoría de la "causa adecuada" es una teoría de imputación de las consecuencias, en cuyo marco se interrelacionan la imputación física (causalidad) y la imputación moral (voluntariedad y previsibilidad). Implica discernir jurídicamente el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción-omisión) y su resultado (daño). Y en ello va

implicado un proceso de discernimiento a través de los conceptos de "normalidad", "previsibilidad" e "imputación". Básicamente el proceso de asignación causal se apoya en la "previsibilidad en abstracto del resultado dañoso producido", lo que implica indagar si la conducta que se endilga, es apta o idónea para ocasionar el daño producido, ello según el curso "natural y ordinario de las cosas" (conf. CC0002 SM 71033 9 RSD-201/16 S 06/09/2016, B., E. M. c/ P., J. m. y otro s/ Daños y Perjuicios, Sumario JUBA B2005408).

La "causalidad" se refiere a la conexión regular entre una acción y su resultado, según lo que normalmente sucede en la vida. Para que exista una "relación causal adecuada", la acción debe ser capaz de producir el resultado de manera regular, es decir, debe ser idónea y normalmente determinante para el efecto producido. No basta con que un hecho sea una condición para que ocurra un evento si generalmente no provoca ese resultado. Para establecer esta relación de causa y efecto, es necesario hacer un análisis retrospectivo, preguntando si la acción era adecuada para provocar esa consecuencia, lo que implica evaluar la idoneidad de la conducta en abstracto, independientemente de lo que realmente sucedió. En este contexto, es importante distinguir entre lo que es una causa y lo que es una mera condición: la causa es la condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado, mientras que las condiciones son simplemente los demás antecedentes o factores del resultado. Esta idea de "causalidad adecuada" se centra en la probabilidad en abstracto de que una acción normal, juzgada en abstracto, podría haber previsto ese resultado (conf. CC0002 SM 62473 RSD274 S 23/10/2018, "Rodriguez, Marta Nelida c/ Castillo, Luis Abelardo s/ Daños y Perjuicios", Sumario JUBA B2005634, con cita a Orgaz, Alfredo "El Daño Resarcible" Cap- 3; CC0002 SM 73206 RSD-126/18 S 07/06/2018, Cardozo Alfredo Rolando c/ Centurion Oscar Alcides y Otros s/ Daños y Perjuicios, Sumario JUBA B2005730).

2.1.5. En este espacio debo recordar que, siendo el proceso un método de debate, cada una de las partes presenta una versión diferente de los hechos en disputa, o su “teoría del caso”, siendo responsabilidad de cada una probar sus afirmaciones. Este principio está en línea con el contradictorio procesal, que establece un juego entre las disposiciones legales que exigen una clara exposición de los hechos por parte del demandante y una negación categórica por parte del demandado. Identificados los hechos en disputa, las partes deben probar aquellos que respaldan su posición, ya sea una pretensión, defensa o excepción. A su vez, esta carga de prueba que asumen las partes está en consonancia con la carga probatoria que exige el proceso, donde deben demostrar todos los elementos de hecho en los que basan sus argumentos. Así, generalmente se espera que el demandante pruebe los hechos que constituyen su derecho, mientras que al demandado le corresponde probar los hechos que impiden, modifican o extinguen ese derecho [conf. conf. arts. 333, 360 y 381 del CPCC; mi voto en SCD N° 2022; CAT, Sala B, SDC N° 01/2017; CAT, Sala A, SICA

N° 16/2020, SDC N° 03/2011, SDL N° 04/2011 y SIF N° 12/2018; Rosenberg, Leo, "La carga de la prueba", p. 15, ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1956; Palacio, Lino Enrique (2003), “Manual de derecho procesal civil”, decimoséptima edición, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires; Jorge W. Peyrano, “La carga de la prueba”, L.L. 2013-F, 1205; STJCh, SD N° 29/SER/2013, con cita a Hernando Devis Echandía "Compendio de la prueba judicial", Tomo I, pág. 68, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2000].

Adicionalmente, en los procesos judiciales, la valoración de la prueba y la confirmación de una hipótesis razonable se fundamentan en el concepto de probabilidad prevalente. Este enfoque no busca una certeza absoluta, sino un grado razonable de certeza o probabilidad sobre la veracidad de un enunciado. Quien sentencia debe considerar diversas hipótesis posibles y elegir aquella que sea más probable y mejor fundamentada en las pruebas presentadas. La decisión debe ser guiada por criterios de racionalidad, seleccionando la hipótesis que obtenga un mayor grado de confirmación positiva en comparación con las hipótesis alternativas. La parte que tiene la carga de la prueba debe demostrar que sus enunciados son más probables que los de las hipótesis contrarias. No se trata de presentar una cantidad de indicios, sino de que estos sean claros y no contradigan la hipótesis planteada. Este estándar, conocido también como "más probable que no", se aplica con prudencia y racionalidad, buscando siempre que la hipótesis considerada como verdadera tenga una probabilidad prevalente sobre su falsedad y sobre otras hipótesis posibles. El objetivo es racionalizar la discrecionalidad del Tribunal y proporcionar una base sólida y razonable para la toma de decisiones judiciales.

2.1.6. Antes de analizar la prueba en relación con los agravios planteados por la parte actora, es necesario señalar que en la causa penal se dictó el sobreseimiento del codemandado N. A. (Caso 84.436, resolución N° 455 del 06/07/2020). Allí, este sobreseimiento no se fundamentó en la inexistencia del hecho o en la falta de participación del imputado, según lo dispuesto por el artículo 1777 del CCCN, el que sostiene que “…*si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil”*. Por lo tanto, nada impide que en esta instancia se examine la responsabilidad civil de las personas codemandadas.

La Corte Suprema Nacional ha señalado que el sobreseimiento definitivo recaído en la causa penal solo descarta la imputación de que el acusado ha procedido con culpa capaz de fundar su condenación criminal, pero no excluye que, llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, pueda indagarse si no ha mediado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente, ya que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal (conf. CSJN; 20/12/2011, "Molina, Alejandro Agustín c. Provincia de Santa Fe y

otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-II, 148. Sáenz, Luis R. J. RCyS2015-IV, 278, AR/DOC/900/2015).-

Por eso, el sobreseimiento dictado en el fuero penal deja un amplio margen a los jueces civiles para analizar libremente la responsabilidad sobre la base de la distinta regulación que ésta tiene en el ámbito de la teoría objetiva del riesgo y sólo tiene en cuenta la posible participación de la víctima para excluirla o morigerarla. Aquel sobreseimiento dictado a favor del demandado no resulta idóneo para vincular al juez o jueza civil por lo que tanto los hechos como la prueba pueden ser estimados en forma diversa en el trámite civil. En consecuencia al no tratarse el sobreseimiento dictado referido a las circunstancias apuntadas (inexistencia del hecho o de la autoría), la incidencia de dicha resolución penal resulta relativa en miras a la apreciación y valoración probatoria que se puede realizar del hecho generador del daño (conf. Almeda, Gabriel I. y otro vs. Bianchini, Joséy otro s. Daños y perjuicios". Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 2912-2011. Base Rubinzal Online; RC J 859/12).

En este caso, el sobreseimiento dictado no se fundamentó en la inexistencia del hecho ni en la ausencia de participación de A. en el mismo, sino en que "...la conducta del menor por falta de cuidado del adulto responsable produjo la concreción del resultado dañoso, por lo que no puede atribuirse jurídicamente al imputado, al no poder establecer la existencia de una violación al deber de cuidado, lo que impide cerrar el juicio de atipicidad...". Esta conclusión, entonces, si bien será tenida en cuenta en el examen de la responsabilidad civil, no obliga en esta instancia, ya que no se trata del supuesto contemplado en el artículo 1777 del CCCN.

2.1.7. Entrado a analizar los hechos, adelanto que el colega de Sala en su voto concluyó que, a pesar de la conducta imprudente de la persona menor de edad al ubicarse debajo del camión, la responsabilidad del accidente no recae exclusivamente sobre él, sino que también existe una cuota significativa por parte del conductor del camión. Coincido plenamente con este razonamiento, por los siguientes motivos:

En primer lugar, es importante destacar que la ley 24.449, en su artículo 39, inciso b), establece que los conductores deben circular con cuidado y prevención, manteniendo en todo momento el dominio efectivo del vehículo y considerando los riesgos propios de la circulación, así como las circunstancias del tránsito. En este caso, la situación demandaba un extremo cuidado por parte del conductor, debido al conocimiento previo de la presencia de menores en la calle y las características estrechas de la calzada.

Como ha dicho el Superior Tribunal provincial y su par bonaerense, la observancia de las leyes de tránsito no basta en todos los casos para eximir de responsabilidad al conductor ni la infracción de las mismas implica necesariamente esa responsabilidad, sino que sólo

se trata en ambos supuestos de presunciones o elementos de juicio que los y las jueces de fondo deben apreciar con criterio privativo. Así, la responsabilidad del conductor de un vehículo por ser creador de un peligro, no cesa por el hecho de acatar las órdenes o señales de tránsito ya que debe atender también las reglas de la virtud de la prudencia, la cual —según Aristóteles— es la capacidad de discernir y elegir lo que es bueno y conveniente en cada situación concreta; es decir, la toma de decisiones acertadas ante la incertidumbre, basándose en la experiencia, el análisis de las circunstancias y la aplicación adecuada de principios generales a casos específicos (conf. STJCh, SD N° 86/1971; CAPM, SDC N° 18/2016, con cita a SCBA, 03/08/93, Ac. 48.764; ídem, 05/04/2000, Ac. 68.617; ídem, 28/09/01, Ac. 78.531; Aristóteles, Ética a Nicómaco. Eds. y Trads. M. Araujo y Julián M.s. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, citado por Heidegger Y La Prudencia Aristotélica Como Protofenomenología, Ideas y Valores, vol. LXVIII, núm. 169, pp. 133-152, 2019, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Filosofía, https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v68n169.63566).

En este sentido, el conductor de una cosa riesgosa debe adoptar las mayores medidas de prudencia atendiendo a la mayor peligrosidad que ofrece para evitar daños asimismo y a terceros. Aquel debe ser capaz de adaptarse permanentemente a las diversas situaciones que se plantean durante la conducción y conocer los límites en esas condiciones, siendo esto la base de un completo dominio del vehículo. Por eso, el pleno dominio del rodado que la Ley 24449 exige de todo conductor es una norma que está de acuerdo con el art. 1725 del CCCN, cuando establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencia posible de los hechos (conf. CACR, Sala B, SDC N° 16/2023; CAT, Sala A, SDC N° 03/2014, con cita a C. Civ. y Com. Córdoba, 1ª Nom., 26/5/92, B., C. c/ N., H. J., LLC 1993- 352).

Esto se da con mayor rigor en un caso donde el conductor lo hace sobre un vehículo de grandes dimensiones, como es un camión de descarga de materiales, circunstancia que extrema las previsiones que el mismo debe tomar. Además, surge de la prueba informativa producida, obrante a fs. 135 de la causa penal, que el demandado A. contaba con un carnet habilitante, categorías B2 y C1, que significa la autorización para conducir automóviles, utilitarios, camionetas, vans de uso privado y casas rodantes hasta 3.500 kg con un acoplado de hasta 750 kg y camiones sin acoplado o casas rodantes motorizadas hasta 12.000 kg (https://www.trelew.gov.ar/transito/tipos-de-licencias). Es decir, el conductor del camión era un profesional en la conducción de estos vehículos.

En lo que respecta a las normas de tránsito y seguridad vial, que el demandado A. debía conocer, estas no solo tienen un aspecto objetivo, sino también un aspecto subjetivo. Esto

significa que todos los conductores, peatones y usuarios de la vía pública deben actuar de manera que no representen un peligro o un obstáculo para la circulación. Deben evitar causar daños a personas y propiedades, tanto públicas como privadas. Desde el punto de vista subjetivo, el principio de seguridad implica una obligación legal de adoptar actitudes, tomar medidas efectivas y seguir las reglas y procedimientos necesarios para evitar o minimizar el riesgo de accidentes. Si no lo hacen, pueden ser responsables a nivel administrativo, penal y civil. Por eso, quien conduce un vehículo peligroso debe ser extremadamente prudente para evitar causar daños a sí mismo y a otros. (conf. CAT, Sala A, SDC N° 16/2013, con cita a TABASSO, C., Derecho del tránsito. Los principios, Montevideo-Bs. As., 1997, p. 193. Cám. CC Córdoba, 1ª Nom., 26/5/92, "Bazán, Clemente c/ Ninci, Héctor J.", LLC 1993-352).

2.1.8. En relación al caso, no existe dudas ni discusiones respecto que el hecho se produjo el día 21/05/2019 a las 16.40 hs., aproximadamente, momentos en los cuales el vehículo camión marca AGRALE, modelo 9200 TCA – 2007, dominio X., de propiedad de J. C. M., conducido por el Sr. N. A. —estando acompañado por los Sres. E. M. y N. M. C. en el habitáculo—, golpeó en la cabeza del niño N., quien se encontraba en ese momento ubicado debajo del camión, en la parte trasera, siendo impactado —según la pericia accidentológica que obra a fs. 127 de la causa penal— con "…*las partes del diferencial en donde se observa en fotografías las bombas recubiertas por material de goma*…".

La sentencia en crisis concluyó que la conducta de N., al ubicarse debajo del camión, fue la causa principal del accidente. Esto interrumpió, según su criterio, el nexo causal entre el movimiento del camión y el golpe que sufrió el niño por partes del vehículo, específicamente las bombas del diferencial recubiertas de goma. Además, la jueza señaló que, dado que el niño estaba debajo del camión, era imposible para el conductor percibirlo, y añadió que el conductor actuó con precaución al iniciar la maniobra lentamente (ver sentencia, fs. 213 vta., 1er. párrafo).

No coincido con esa apreciación, toda vez que la misma implica limitar el análisis de la conducta del conductor solamente al momento donde inició la maniobra, sin dejar de advertir el resto de las circunstancias que rodearon el hecho y que bien pueden colaborar en describir las conductas de quienes intervinieron, particularmente el conductor y el menor de edad.

2.1.9. En primer lugar, tengo presente de la prueba arrimada, particularmente del informe técnico fotográfico N° 282/19 (ver CD, fs. 96, causa penal Caso 84.436) y de la pericia accidentológica, que el siniestro ocurrió en la calle A., vía de circulación de tierra y con una leve pendiente en descenso. Puede decirse también que este pasaje era de estrechas dimensiones, lo que se advierte del plano obrante a fs. 124 de la causa penal. Allí

se divisa que el camión ocupaba en el momento el 50% del ancho de la calzada, aproximadamente, dejando solo el espacio restante para circular. Es decir, el camión ocupaba una gran porción de todo el ancho de la calzada, haciendo dificultoso la circulación en el lugar. Tanto es así que surge de ese mismo plano que el vehículo estaba estacionado con su rueda delantera izquierda por sobre la calzada. Es decir, se encontraba mal estacionado, presumiblemente para no ocupar una mayor proporción del ancho de la calzada, como ya dije.

Así las cosas, de mínima, el camión se encontraba mal estacionado, realizando tareas de descarga de materiales en la vía pública, en violación a las normas de tránsito que regulan la materia (arts. 5, inc. w, 48 inc. i y 45, inc. a y b.1 y 3 de la Ley 24449), por estar parcialmente sobre la vereda y ocupando de tal manera la vía de circulación que impedía la fluidez del tránsito vehicular y peatonal, es decir, dificultaba la circulación para otros rodados en esa vía. Particularmente, los camiones que realizan la carga y descarga de materiales están sujetos a distintas obligaciones al momento de realizar sus operaciones, ya que deben circular en condiciones de adecuada seguridad, teniendo prohibido estorbar u obstaculizar de cualquier forma la calzada (arts. 48 y 53).

Cabe resaltar que en la ocasión, el Sr. A. y el resto de los integrantes del camión individualizado, se encontraban realizando tareas de descarga de materiales para la construcción, operación que involucra el detenimiento temporal del vehículo en la vía pública, realizándose en el tiempo estrictamente necesario para cumplir con la actividad, la implica interponer en el tránsito vehicular y peatonal operaciones que implican de por si un riesgo para quienes circulan. Tan particular es esta actividad que las Ordenanzas Nros. 1983 y 5467 de Trelew las prohíben en cierto ejido céntrico de nuestra ciudad, en determinados horarios.

En nuestro país, las tareas de carga y descarga de mercaderías y materiales, peligrosos o no, se encuentran altamente regulados a través distintas normas, tanto la Ley 24449 (art. 56) como la Ley Nº 24.653, que regula el régimen de transporte automotor de cargas, estableciendo distintas obligaciones a los responsables de tales actividades; sus Decretos Reglamentarios N° 779/95 y 1035/2002, respectivamente, la Resolución 74/2002 de la Secretaría de Transportes, el Decreto 32/2018, la Resolución 195/97 de la Secretaría de Obras y Transporte de la Nación, entre muchas otras. Es decir, se advierte el notable interés público de reglamentar una actividad que precisa la necesidad de garantizar la seguridad de la sociedad en tal contexto, lo que no puede ser obviado.

De esta manera, según la prueba producida, no existen constancias de haber el camión realizado la maniobra en condiciones de seguridad y prevención, como por ejemplo, la instalación de conos, barreras, trabas de ruedas, luces de balizas puestas, u otras medidas

de seguridad y prevención que hubieran sido prudentes en las circunstancias en las que se encontraban trabajando.

De esta manera, concuerdo con el Dr. De Cunto en cuanto señaló que el deficiente estacionamiento del camión sobre la calle A. no fue “causa adecuada” del accidente, mas entiendo que no puede desconocerse que todo lo dicho colaboró como condiciones idóneas para que, finalmente, se pueda producir el accidente.

En efecto, si bien la simple condición en el derecho de daños no es suficiente para imputar responsabilidad a una persona en particular, ya que lo que interesa en última instancia es identificar la causa adecuada que condujo al perjuicio según el curso natural de los acontecimientos, no debe subestimarse la importancia de analizar todas las condiciones que concurrieron para la producción del resultado. Este examen es fundamental para establecer con mayor precisión cuál de esas condiciones se erige como la causa adecuada, es decir, aquella que, por su especial entidad, se convierte en el factor determinante y relevante para la generación del daño, elevándose así a la categoría de causa jurídica (conf. Picasso, S. y Saénz Luis R. J.; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”; op. dirigida por Caramelo, Gustavo, Picasso, S. y Herrera, Marisa; 1ra. ed., Infojus; Buenos Aires; 2015, Tomo IV; p. 437 y ssgts.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, C. G.; “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”; Hamurabi; Buenos Aires; 1999; Tomo III; p. 96 y ssgts.).

2.1.10. Tengo presente también que surge del testimonio brindado por la Sra. Y. L. y por los Sres. M. y C., que había niños jugando en la calle al momento en que arribó el camión a dejar las chapas en el domicilio ubicado en A. N° X. y que éstos fueron divisados por los ocupantes del camión al llegar. C. incluso preciso que en ese proceso de descarga, los acompañantes del camión se dedicaron a dejar las chapas y el conductor se consagró a hacer firmar el remito por quienes pidieron los materiales. El mismo también refirió que se subieron los tres juntos al camión al terminar la maniobra y sintieron el golpe con el niño al iniciar la marcha. Lo mismo también refirió M. al decir escuetamente que cuando subieron nuevamente al camión los tres no vieron ningún niño jugando.

Esto quiere decir que el niño se introdujo necesariamente debajo del camión en algún momento entre que los operarios se bajaron del camión y A. reinició la marcha para retirarse. Es decir, N. lo hizo en presencia de estos, quienes no solo no advirtieron esta maniobra de uno de los niños que jugaba en la calle, sino que tampoco procuraron cerciorarse que no hubiese ninguno de ellos en las inmediaciones del camión.

Recuerdo en este sentido que, en el contexto de niños jugando en una calle de tierra con un camión que ocupaba gran parte de la calzada, aquella vigilancia de las condiciones para mover el vehículo es una conducta razonable y esperable en un conductor profesional

prudente. Máxime si, como dijo C., no vieron a ningún progenitor presente en el lugar vigilándolos.

En ese marco, la defensa y la sentencia en crisis parecerían sostenerse en que el niño apareció “de repente” debajo del camión al iniciarse la marcha, desde que llegaron hasta que se fueron, cuando eso necesariamente tuvo que acontecer en algún momento en ese período de tiempo. Aclaro así que, el hecho que refleja la sentencia que el niño no podía ser visto “debajo” del camión a través de los espejos retrovisores —lo que es evidentemente cierto— no implica que los operarios pudieron verlo entrar debajo cuando estaban descargando, asegurarse que no había nadie debajo o controlar por los espejos retrovisores que ninguno de los niños que estaba jugando en la calle no se acerque peligrosamente a la unidad. Tampoco que lo pudiera ver “metiéndose” debajo del camión, a través de los espejos retrovisores —“de grandes dimensiones”, según la experticia accidentológica—, cuando ya estaba sentado al volante para retomar la circulación, ya que éste sistema refractario impide ver “debajo” de la unidad más permite — precisamente— ver a su alrededor, o sea, hacia atrás y los costados de la unidad, por lo que una actitud vigilante lo hubiese puesto al tanto de la presencia de N. Es decir, en ese contexto de infantes jugando en la calle, era más que razonable guardar cuidado que ninguno de ellos se haya acercado al camión hasta retirados del lugar, lo que si podía hacerse a través de los espejos retrovisores.

Dilucido también que, de las fotografías del camión agregada en la causa penal, puede verse que las características del mismo, en cuanto a la altura existente desde el piso hasta la parte posterior donde llevaba la carga —en virtud de su estructura y altura de las ruedas, no dificultaba la maniobra de chequear ningún peligro en derredor del camión. En términos simples, no implicaba una maniobra de acostarse en el piso para ver debajo de la unidad —como podría implicar hacerlo sobre un vehículo “sedan”, por ejemplo— sino con un mero chequeo visual hubiese servido para detectar la presencia del infante.

2.1.11. Esta es la hipótesis que valida la pericia accidentológica en tanto atribuyó el accidente, principalmente, a la falta de cuidado del conductor del camión, A. La experticia realizada en sede penal es clara en atribuir una parte de la responsabilidad al conductor del camión por no haber tomado las precauciones necesarias al iniciar la marcha del vehículo. La pericia menciona que el conductor debería haber verificado la circulación y llamado la atención con balizas o la bocina antes de poner el camión en movimiento, especialmente considerando la presencia de niños en la zona. Además, si desde los espejos retrovisores no se podía observar correctamente la zona detrás del camión, al menos uno de los acompañantes debería haber descendido del vehículo para constatar que no hubiera personas u objetos que pudieran obstruir la maniobra.

No hace falta recordar que en los procesos de responsabilidad por daños derivados de accidentes de tránsito, la pericia accidentológica es fundamental para determinar las causas del accidente y establecer la mecánica del mismo. Esta prueba técnica es indispensable para acreditar los aspectos clave y no puede ser reemplazada por otros medios probatorios menos seguros, como las declaraciones testimoniales. La pericia accidentológica, cuando está presente, tiene un valor probatorio superior y suele prevalecer en la decisión final del caso, siendo crucial para dar una solución certera y fundada al litigio (conf. CAPM, SDC N° 18/2016; CAT, Sala A, SDC N° 11/2016).

Entiendo, entonces, que la resolución en crisis no da adecuada respuesta para controvertir la conclusión de la pericia accidentológica al decir únicamente que la maniobra inicial de arranque fue realizada despacio, ya que no se hace cargo de descartar las conclusiones del experto en la materia. Tantas veces se ha dicho que el Tribunal, si bien no se encuentra vinculado a la experticia, no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del experto, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo (conf. CAPM, SDC N° 01/2016, con cita a QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", T. II, pág. 1357).

2.1.12. En cuanto a las características de la maniobra de arranque del camión, que la sentencia apelada calificó de “despacito”, cabe hacer algunas precisiones.

En cuanto a que la misma haya sido de retromarcha, la jueza mencionó que el impacto del camión con el menor se produjo cuando el vehículo comenzó a moverse en reversa y el niño estaba debajo de él (ver fs. 213 vta., 1er. párrafo). La jueza también refirió a los testimonios de L., M. y C., quienes coinciden en que el camión fue movido lentamente, momento en el cual escucharon el grito de N. La testigo L., en su declaración del 05/09/19 (ver CD, fs. 99), reiteró que el niño estaba jugando en la calle con dos amiguitos cuando el camión arrancó y N. fue golpeado al estar debajo del camión. Por su parte, la madre de N., N. U., declaró que su hijo le comentó que estaba debajo del camión buscando un objeto que se le había caído.

El codemandado A., al absolver posiciones en sede civil, negó haber efectuado una maniobra de retromarcha, afirmando que avanzó hacia adelante despacio. Tanto M. como C. coincidieron en que no se podía ver debajo del camión desde los espejos retrovisores, y señalaron que el menor salió de esa parte del camión. Es así que la única testigo que declaró que A. movió el camión hacia atrás fue L., mientras que M. coincidió con A. en que se movió hacia adelante. Por su parte, la pericia accidentológica señaló al respecto que el camión se movió “hacia atrás”, lo que se refuerza con la presencia de marca hemáticas en ciertas partes del camión, como el diferencial.

Ahora bien, entiendo que es indiferente para el caso determinar con precisión si el golpe en la cabeza del niño se produjo con la circulación del camión haciendo una maniobra de retroceso o hacia adelante, en tanto lo cierto es que no está discutido que el golpe se produjo con el menor debajo del camión, ya habiendo dicho que ello —en parte— se debe al incumplimiento del cuidado y previsión que el conductor debió tener.

En ese sentido, no puede olvidarse que quien pretende incorporarse al tránsito desde cualquier lugar donde se encuentra estacionado, debe hacerlo a paso de hombre, evitando inútiles molestias, aumentando su atención para verificar que tanto él como su vehículo se encuentren en adecuadas condiciones de seguridad. Así, ingresar a la vía de circulación tras estar estacionado o ingresar a una nueva desde una procedente, debe hacerse con extremo cuidado (conf. CACR, Sala B, SDC N° 56/2016, con cita a Meilij, "Responsabilidad Civil en los accidentes de Tránsito", pág. 66).

En este sentido es que se refuerza la posición del perito accidentológico cuando dice que la maniobra de inicio del camión debió realizarse con extremo cuidado, accionando alguna bocina previamente o, como dijo el Dr. De Cunto, con el descenso del vehículo del conductor o alguno de sus acompañantes para verificar la ausencia de personas u objetos que pudieran afectar la seguridad y fluidez de la maniobra, dada la estrechez de la calzada y el previo conocimiento de la presencia de personas menores de edad jugando en la misma.

2.1.13. Agrego aquí, además, que N. contaba al momento del siniestro con 6 años de edad, lo que implica reconocer que no comprendía la peligrosidad de los actos que ejecutaba en la calle, como ingresar debajo de un camión a buscar un juguete o por mera curiosidad. En efecto, los arts. 25 y 261 del CCCN presumen que los menores de 10 años de edad no pueden juzgar la diferencia entre el actuar bueno y malo, justo y injusto (Bueres-Highton, "Código Civil…", 1998, t. II-B, Hammurabi, pág. 418).

Esto, sin perjuicio de lo que diré a continuación sobre la participación causal en el hecho respecto de la falta de cuidado de los progenitores de N., lo digo porque si el conductor divisó niños jugando sin supervisión alrededor del camión, en las circunstancias mencionadas, bien debió prever que era razonable que estos se acerquen peligrosamente al rodado, lo que implicaba en el caso mayores tareas de prevención.

Es reconocido por el Superior Tribunal provincial que existe una regla jurisprudencial y doctrinaria —prácticamente uniforme— que indica que el ejercicio de una real prudencia consiste no sólo en el propio cuidado por parte del conductor, sino en la atención de cualquier eventualidad posible de ocurrir, incluso la misma negligencia en que puede incurrir un tercero. En orden a la previsión normal, común y corriente existen medidas de precaución, aconsejadas por las circunstancias del caso que movían a preservar la seguridad e integridad física de los niños que se encontraban jugando alrededor del camión (conf.

STJCh, SD N° 64/1992; CAE, SDC N° 02/2003; : CNCiv., Sala C, 28/10/71, JA, 13-1972, 438; Sala F, 11/10/73, ED, 52-304 N° 70/71; Sala D, 12/08/74, JA, 26-161; Sala F, 10/05/74, Ed, 57-210, La Ley, 1975-A, 871; Sala C, 11/09/69, La Ley, 137-527; Sala B, 18/06/75, JA, 1976-I, 265; Sala A, 23/05/67, La Ley, 127-712; Sala F, 21/06/76, cit. en "Accidentes de Automotores", Cuadernos de Jurisprudencia Temática, T. 1-B, pág. 115, Ed. Lex, La Plata; GALDOS, J.M., "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad", "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales". CNCiv., Sala C, 18/07/67, ED, 21-231; Sala C, 23/05/67, ED, 21-369; Sala C, 28/10/71, ED, 40-468; La Ley, 148-674; Sala C, 17/06/71, ED, 41-378 y La Ley, 14533; Sala F, 09/03/76, JA, 1976-III, 443 CNCiv., Sala C, 18/07/67, La Ley, 128-109; Cám.1ª.CC Mar del Plata, Sala 2ª, 14/10/75, JA, 1976-IV-434; CNCiv., Sala C, 26/07/78, JA,1979-III-640; Sala C, 06/10/70, JA, 9-41; Sala C, 13/10/70, JA, 9-175; Sala D, 18/08/78, JA, 1980-I, 58; Sala M, 09/08/91, La Ley, 1992-B, 199 y DJ, 1992-1, 879; C2a.CC, La Plata, Sala II, 02/04/90, ED, 140-796; GALDOS, J.M., "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad", "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", T. III).

En estos casos, no es conveniente formular soluciones en términos categóricos, ya que toda respuesta dependerá, fundamentalmente, del caso concreto y de las condiciones de persona, tiempo y lugar. De allí que, excepcionalmente, la actitud del peatón que irrumpe en la calzada pueda llegar a configurar hecho de la víctima, privándola total o parcialmente del derecho a la reparación, por lo que ha que valorar muy especialmente si la irrupción del peatón ha sido súbita, si se realizó en una zona en la cual el conductor razonablemente podía esperar o presuponer que dicho tramo no sería invadido por transeúnte alguno, etc. (conf. Mosset Iturraspe, "Código Civil...", T.3ª, pág. 595/596 ed. Hammurabi).

En esta Sala que integro, respecto del inicio lento de la maniobra de arranque del camión, ya se ha dicho 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. CAT, Sala B, SDC N° 05/2016, con cita a CN. Civ., Sala A, 8/7/97, in re: "P., M. E. y otro c/ L., M. C.", cit. en "Revista de Derecho de Daños. Menor dañino y menor dañado", 2002-2, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 357).

Esto es adunado por la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn cuando dice que el conductor de un vehículo debe prever la presencia de peatones distraídos a modo de

conservar en todo momento el dominio de su máquina, deteniéndose instantáneamente o para realizar una maniobra para evitar el choque. 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, según lo que le demandan las circunstancias del caso (conf. CAPM, SDC N° 12/2020).

2.1.14. Entonces, habiendo dicho que el hecho de la víctima debe evaluarse con los criterios de imprevisibilidad o inevitabilidad que rodean al caso fortuito o fuerza mayor (conf. art. 1730 y 1731 CCCN), no puede considerarse como imprevisible que un nene de 6 años que está jugando cerca de un camión de descarga pueda meterse debajo a jugar. Mucho menos es inevitable.

En estas condiciones, para que un hecho como estos pueda considerarse como eximente de responsabilidad a una persona, se deben cumplirse ciertos requisitos fundamentales. Entre otros, el hecho debe ser imprevisible, lo que significa que no se puede prever razonablemente que vaya a ocurrir. Además, debe ser inevitable o irresistible; esto quiere decir que, incluso si se prevé su posible suceso, no puede ser evitado a pesar de los esfuerzos diligentes para prevenirlo. Por último, el hecho debe ser insuperable, lo cual significa que quien causa el daño no puede alegar caso fortuito si no actuó con la diligencia apropiada dadas las circunstancias del caso (conf. Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José, López Cabana, Roberto M, 2000. Derecho de Obligaciones. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 369, N° 837. Alterini, Ameal, López Cabana, cit. pág. 370. Trigo Represas, Félix A. 2006. “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, 2006 Trigo Represas, cit. pág. 32/33. Alterini, Ameal, López Cabana, cit. pág. 370).

Hasta aquí, consecuentemente, encuentro que ha existido participación causal adecuada en la ocurrencia del daño por parte del Sr. A. al no conducirse diligentemente en las maniobras de arranque del camión que conducía, por lo que debe ser condenado, al igual que al propietario del camión. La falta de atención y cuidado por parte del conductor al no tomar las medidas de precaución necesarias es un factor decisivo que impide que la exime del hecho de la víctima opere de manera exclusiva.

2.1.15. Ahora bien, también corresponde señalar que es cierto que N. y sus amigos se encontraban jugando en las circunstancias referencias, sin ningún tipo de supervisión parental o adulta.

No puede decirse en este sentido que la presencia de la Sra. L. en la cocina de su casa mirando esporádicamente por la ventana pueda considerarse como suficiente cuidado de

niños de 6 años jugando en la calle en el medio del día, máxime cuando se daban en esa oportunidad maniobras de descarga de materiales por un vehículo de gran tamaño. El hecho de permitir que un grupo de niños de esa edad juegue en la calle es, de por sí, una conducta temeraria.

Incluso surge también de la prueba que el testigo C. señaló en la testimonial brindada en la causa penal que el padre de N. estaba durmiendo la siesta en el momento que ocurrió el accidente, y su madre N. U., de acuerdo a su declaración en la misma sede, se encontraba también dentro de la casa, saliendo solo cuando fue llamada por los operarios tras el siniestro.

Por ello, tratándose de un menor de 6 años, como es el caso en análisis, cobra relevancia jurídica la conducta de los progenitores o quienes se encontraban ejerciendo el cuidado del niño en aquel momento, el que impone tener en cuenta su edad, su desarrollo y las circunstancias de tiempo y lugar, y a partir de allí discernir su esfera de actuación conforme a estos parámetros (conf. CC0201 LP 128799 RS 117/21 S 18/05/2021, R., N. A. C/C. De C. Calle X. N° X. S/Daños Y Perjuicios, Sumario JUBA B258423).

La responsabilidad de los progenitores en casos como el presente se fundamenta en la omisión de los deberes de cuidado, lo cual se vincula directamente con la culpa de vigilancia que la ley presume. En este caso, el niño se introdujo debajo de un camión mientras jugaba solo en la calle, situación que no debería haber ocurrido si sus progenitores hubieran cumplido adecuadamente con sus deberes de vigilancia.

El hecho de que los progenitores no estuvieran presentes y dejaran al niño jugando solo en la calle constituye una falta grave de vigilancia, y participa causalmente con la ocasión del evento dañoso, pero no exime de responsabilidad totalmente al guardián del camión, quien también debía prever y evitar situaciones peligrosas para terceros, especialmente niños, como ya se dijo.

La conexión causal entre la omisión de los deberes de vigilancia por parte de los padres y el daño sufrido por el niño es evidente, ya que la falta de supervisión permitió que este se colocara en una situación de extremo peligro. Sin embargo, dicha omisión no tiene la idoneidad suficiente para romper totalmente el nexo causal entre la conducta del demandado (el guardián del camión) y el daño causado, lo que implica que la responsabilidad objetiva del guardián subsiste.

Por todo lo expuesto, coincido con el voto de mi colega en que la responsabilidad del conductor del camión no puede ser eximida completamente, y que su falta de atención y prevención, en combinación con la conducta imprudente del menor, quien no se encontraba siendo vigilado por ningún adulto, contribuyeron al acaecimiento del hecho ilícito. Es por ello que estimo procedente modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto,

manteniendo la condena al conductor y estableciendo la correspondiente distribución de responsabilidades en un 50% para cada uno de ellos.

2.2. Apelación implícita.

2.2.1. Dado que se ha determinado que los codemandados son parcialmente responsables, es necesario revisar los rubros que la actora ha reclamado, así como las defensas que los demandados habían planteado en primera instancia. Esto es importante porque esas defensas no fueron consideradas en el fallo inicial ya que los demandados fueron absueltos de responsabilidad.

La doctrina de la apelación implícita permite a la Alzada revisar no solo los puntos específicos que se han apelado, sino también las defensas que los demandados habían presentado en el primer juicio. Así, se deben tratar los aspectos sobre los que no hubo pronunciamiento alguno, mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio, de acuerdo al cual, la Alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia le asistían al órgano de primera instancia, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones planteadas tanto al demandar la parte actora, como también las defensivas opuestas por la demandada al contestar la acción, merced a que la sentencia, basándose en la no acreditación del carácter del accidente, no ingresó a considerar. En particular, en la especie, queda de manifiesto que la demandada se vio impedida de recurrir el fallo por serle éste favorable, por lo que aquellos argumentos que opusiera en su defensa habrán de ser considerados a los efectos de elucidar si proceden o no los rubros reclamados por la actora (conf. STJCh, SD N° 06/SER/1997; CAT, Sala B, SDL N° 17/2014; Morello-Sosa-Berizonce, en “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, 2da. ed., año 1988, Tº III, págs. 111).

2.2.2. Incapacidad sobreviniente.

2.2.2.1. La actora reclama una compensación por las lesiones físicas sufridas por N. en el accidente. Según el relato, el niño sufrió un traumatismo encéfalo craneano grave y recibió atención médica de emergencia. Se detalla que el niño estuvo internado desde el 21/05/2019 hasta el 12/06/2019, y se le dio el alta con indicaciones de reposo y seguimiento médico. Los diagnósticos incluían hematoma extradural, fracturas en varias áreas del cráneo y una fístula superada.

La actora estima que la lesión afectó la capacidad productiva del niño y solicita una compensación de $11.373.519,09, utilizando la fórmula “Méndez” para calcular el daño.

Los demandados y la citada en garantía sostienen que no se debe aplicar la fórmula Acciarri, aunque reconocen el salario mínimo mencionado y calculan una indemnización diferente basada en una incapacidad del 100% hasta la edad jubilatoria, lo que da un monto de $2.533.217,05. Si se acepta una incapacidad del 30%, la suma se reduce a $759.965,11.

2.2.2.2. Ahora bien, la pericia médica muestra que no hubo secuelas que hayan incapacitado al niño. Afortunadamente para N., el examen físico y la evaluación oftalmológica no detectaron daños estéticos, estrabismo, dificultades motrices, limitaciones funcionales ni secuelas incapacitantes como consecuencia del siniestro.

Dicha pericia no fue impugnada ni conmovida por la parte actora, debiendo recordarse que esta circunstancia no cancela la facultad judicial de ponderar el grado de convicción que es posible adjudicar a cada uno de los elementos traídos al proceso, los que no deben dejar de ser valorados en el estudio global del litigio. Sin embargo, si la pericia no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados o de manera insuficiente, las consideraciones generales que se vuelquen por el apelante en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente y de acuerdo con lo dispuesto en la norma citada a las conclusiones que llegó el experto, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas (conf. CAPM, SICA N° 14/2021, con cita a SCBA, DJBA, 129, pág. 861, La Ley, 1987-A-663, 37.528-S CNCiv., Sala D, 04/07/69, LL, 137-188, ED, 33-44; ídem, Sala F, 06/08/70, ED, 37-552; Cám.Nac.Fed.Civ.Com., Sala II, 15/02/83, LL, 1983-D-646, 36.481-S; CAPM, SDL N° 47/2014).

De modo que no puede olvidarse entonces que, según el art. 1739 del CCCN, uno de los requisitos del daño resarcible es que sea cierto y subsistente, es decir, que no se haya reparado o haya desaparecido (conf. CAPM, SDC N° 40/2018). En esa línea, el art. 1746 del CCCN limita la indemnización por incapacidad sobreviniente cuando esta es “permanente”, y no transitoria, temporal o puede existir remisión. La incapacidad sobreviniente es sin duda un daño material y por medio de la cuantificación de su resarcimiento se intenta compensar la pérdida de posibilidades laborales y en su vida de relación que sufrirá la víctima durante el resto de ésta como consecuencia de esa minusvalía y la potencial pérdida de ingresos que la misma puede generar. Por eso, cuando el Tribunal tiene acreditado el daño a consecuencia de un hecho antijurídico, lo primero que debe hacer es determinar si el mismo tiene secuelas incapacitantes y, en su caso, si éstas son permanentes o transitorias. Si esa potencialidad no es definitiva o permanente, sino que la minusvalía puede ceder, carece de fundamento el concepto, ya que el daño debe ser siempre cierto (conf. CAT, Sala A, SDC N° 12/2021).

Consecuentemente no corresponde hacer lugar a este rubro reclamado en la demanda.

2.2.3. Daño extra patrimonial.

2.2.3.1. La actora también solicita una compensación por el daño moral, destacando que las graves lesiones afectaron emocional y socialmente a N., incluyendo su vida escolar y social. El monto reclamado es de $2.274.703,81. La demandada argumenta que la

indemnización debe ser para proporcionar consuelo y no un “precio del dolor”, y cuestiona la coherencia de la solicitud con la situación económica de la familia.

2.2.3.2. En línea con la jurisprudencia reciente, el daño moral se indemniza no solo por el dolor, sino por el consuelo que se puede proporcionar. La prueba psicológica, si bien señala que no existen limitaciones, muestra que N. ha sufrido efectos emocionales persistentes, como miedos y falta de confianza. Asimismo, de la respuesta al punto 1 de pericia ofrecido por la parte actora que respondió el perito médica en relación a las intervenciones y tratamientos médicos que recibió el niño y el desarrollo clínico que tuvo a los fines de poder sanar sus heridas permiten aseverar razonablemente que sufrió un perjuicio extrapatrimonial que debe ser resarcido.

2.2.3.3. El daño moral incluye todas las consecuencias no económicas que sufre una persona, como se menciona en el artículo 1738 del CCCN. Esto abarca los derechos de la víctima sobre su integridad personal, salud psicofísica, sus emociones legítimas y la interferencia en su proyecto de vida. En resumen, se refiere a las amplias repercusiones que afectan la plenitud de la vida, la dignidad, la vida privada, la integridad física, la intimidad y el honor. La mención de "afecciones espirituales legítimas" le otorga al daño moral un significado amplio, cubriendo todas las consecuencias no patrimoniales. Esto ha reducido el "umbral" a partir del cual emociones como angustia, dolor y sufrimiento dan lugar al daño moral, fortaleciendo la protección de la persona. Se ha pasado de valorar el "precio del dolor" al "precio del consuelo", y se reconoce incluso la existencia de "daños morales mínimos" debido a la protección constitucional de la persona humana [conf. CAE, SDC N° 25/2020, con cita a “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” dirigida por R. Luis Lorenzetti; Galdós, Jorge M., "Cuándo" y "quién" por daño moral”, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-19611969), Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2009, t. III, p. 1659; Afección al espíritu de la persona. Legitimados para reclamar el daño moral, en Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera, coord. por Darío J. Graziabile, La Ley, Buenos Aires. 2010, p. 145].

Es importante recordar que, si se demuestran situaciones que normalmente causan daño moral en la mayoría de las personas, se debe dar por probado sin necesidad de evidencia directa. El daño moral es algo interno y difícil de medir, por lo que no puede probarse directamente. No se trata de demostrar la afectación espiritual en sí, sino las manifestaciones externas del dolor, que varían según la persona. Exigir esta prueba beneficiaría a los extrovertidos y perjudicaría a los más reservados. Por eso, el daño moral debe considerarse una consecuencia natural de ciertas circunstancias probadas, sin

necesidad de más pruebas del perjuicio espiritual, lo que se conoce como prueba "in re ipsa" (conf. STJCh, SD N° 116/SCA/2017; también: CSJN, 2/4/2011, Fallos: 334:376).

Así, el daño moral se cuantifica buscando proporcionar al damnificado satisfacciones que mitiguen su sufrimiento, sin poner un precio al dolor. La indemnización debe ser justa y proporcional al daño probado, evitando excesos que generen enriquecimiento sin causa. De esta manera, aunque el dinero no puede reparar completamente el daño, puede ofrecer algunas satisfacciones de orden espiritual, siempre guardando una razonable relación con el perjuicio sufrido. Allí, es crucial que la indemnización sea suficiente y cumpla su función compensatoria, sin generar enriquecimiento injustificado. Por lo tanto, la suma debe ser adecuada para proporcionar gozo y distracciones que mitiguen el padecimiento, respetando la proporcionalidad con el daño acreditado [conf. Zavala de González, Matilde; Mosset Iturraspe, Jorge; Iribarne, Héctor P.; Pizarro, Ramón D.; Zannoni, Eduardo A.; Fallos 334:376; CNCiv. Sala A; 23/09/2021, “Ruscio, José vs. López, Mirta Mónica y otro s. Daños y perjuicios”; Zavala De González, Matilda, “Cuánto por daño moral”, LA LEY 1998-E, 1057; Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259; conf. CAT, Sala A, SDC Nº 29/2021].

Es importante, consecuentemente, que exista una proporcionalidad razonable entre el daño acreditado y los placeres que lo compensen, en tanto la determinación de cualquier tipo de actividad que persiga ese fin puede no tener relación adecuada con el daño acreditado, y por tanto constituirse en un enriquecimiento sin causa, toda vez que —más allá del parámetro— la indemnización siempre es determinada en dinero y no en especie.

2.2.3.4. En este orden, considero que —en relación al daño efectivamente acreditado— satisfacen más aquellas variables alguna compensación que tenga que ver con la vida de N., presente y futura, sus actividades y deseos. En este sentido, contando en la actualidad el niño con una edad de 9 años, considero que la adquisición de un dispositivo para juegos, conocido como Play Station (en su versión 5), bien puede ocasionarle alegría y una dispersión continuada en el tiempo que mitigue los padecimientos sufridos.

Siendo así las cosas, revisada la aplicación de Mercado Libre (https://listado.mercadolibre.com.ar/play-station-5#D [A: play%20station%205]), a la fecha se puede adquirir un elemento promedio de aquella herramienta en una suma cercana a los dos millones de pesos ($2.000.000), la cual considero que satisface debidamente el perjuicio sufrido en el concepto reclamado. Así, con la responsabilidad eximida al 50%, la suma final será de $1.000.000.

Finalmente, en tanto esta suma de dinero es calculada a valores actuales, como deuda de valor que es el daño moral, deben aplicarse intereses según el criterio que ya ha señalado

esta Sala en anteriores resoluciones, como la SDC N° 04/2023, entre otras, por lo que se aplicara una tasa de interés denominada pura del 6% desde la fecha del hecho dañoso (21/05/2019) hasta la fecha de esta sentencia, y a partir de allí a la tasa activa que cobra el B. del C. SA para sus operaciones generales vencidas, hasta el día de su efectivo pago, con más la capitalización de intereses correspondientes a la fecha de la notificación de la demanda (conf. art. 770 del CCCN).

Así, confirmo el fallo de mi colega y coincido con la decisión y los fundamentos expuestos.

3.- SÍNTESIS DE LA SOLUCIÓN A PROPONER.

3.1. En consecuencia de lo analizado, propongo revocar parcialmente la sentencia apelada, haciendo lugar parcialmente a la demanda presentada por E. S. F. y N. E. U. en representación de su hijo N. S. F. contra J. C. M. y N. A. por daños y perjuicios. Así, se debe condenar a los demandados y a la aseguradora S. C. de S. L., de manera solidaria y en la medida del seguro, a pagar a los actores la suma de un millón de pesos ($1.000.000), más intereses a una tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro (21/05/2019) hasta la fecha de esta sentencia, y desde esta última hasta el pago efectivo, a la tasa activa que aplica el B. del C. S.A. para operaciones generales vencidas, con capitalización de intereses desde la notificación de la demanda (art. 770, inc. b del CCCN). Se confirma la sentencia en todos los demás aspectos que fueron objeto de apelación.

3.2. Dado que la sentencia fue parcialmente revocada, se deben readecuar las costas del proceso conforme al art. 282 del CPCC.

Entiendo que aquí se da el supuesto que plantea el art. 72 del CPCC, el que establece que “las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos”. Al respecto, se dice que este reparto prudencial debe llevar al Tribunal a analizar jurídicamente el resultado con una mirada general sobre la incidencia que cada resultado tiene sobre la causa.

Esta norma no sujeta al sentenciante a una solución estrictamente matemática en lo concerniente a las costas en caso de vencimiento parcial y mutuo. Por el contrario, si bien indica como pauta la consideración del éxito obtenido, no predetermina rigurosamente su criterio sino que brinda la alternativa de compensar las costas o de distribuirlas entre los litigantes y, aun en este último supuesto, el reparto no habrá de ser aritmético, sino prudencial y, va de suyo, acorde con las peculiaridades de la causa. Así, es menester ponderar la respectiva actitud de las partes al tiempo de constituirse el proceso. No se trata, como se ha visto, de efectuar una comparación puramente aritmética entre lo que se admite y lo que se desestima, sino de valorar los respectivos comportamientos (conf. CNCiv. D 5/10/82, LL 1983- A- 297; Giangrasso, Antonio José “Código Procesal Civil y Comercial

de la Nación. Anotado. Depalma. Buenos Aires 1989 pág. 92; CNCiv. G 11/10/84, ED 116-612).

Esta Sala ya ha señalado con anterioridad que, a los efectos de determinar porciones de vencimientos mutuos no corresponde atender a las cuantías involucradas en cada pretensión activa o pasiva, sino que lo que resulta verdaderamente relevante es ponderar qué pretensión prospera y cual se rechaza. Es ésta comparación entre lo pretendido y resistido, en relación a lo que es finalmente admitido y desestimado, lo que permite discernir a quién corresponde atribuir la calidad de vencido o vencedor o, en su caso, distribuir porcentualmente tales calidades si existe vencimientos mutuos y parciales. Es que ésta es la única pauta legal objetiva de atribución de las costas. Para ello, indefectiblemente es necesario verificar el modo en que se posicionaran las partes al momento de la traba de la litis, como ya he reflejado (conf. CAT, Sala B, SDL N° 14/2014).

En este caso, primeramente, se distribuyó la responsabilidad en un 50% para los demandados. Adicionalmente, si bien el reclamo por incapacidad sobreviniente fue rechazado, es correcto que la actora pudo creer legítimamente que tenía derecho a realizarlo, ya que la inexistencia de incapacidades en N. solo se determinó tras la pericia médica. Por lo tanto, creo justo imponer las costas en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada, reflejando adecuadamente el resultado parcial del juicio (art. 72 del CPCC).

3.3. Respecto a los honorarios por las tareas realizadas en la primera instancia, considerando el mérito, la extensión de las mismas y el resultado del juicio, propongo ajustar los honorarios de los abogados de la parte actora, Dres. D. G. L. y M. I. T., en un 11,5%; los de los abogados de los demandados y de la citada en garantía, Dres. R. L. y J. M. F. C., en un 18%; y mantener los honorarios de los peritos Dr. V. M. y Lic. S. T. A., en un 3% para cada uno. Todos estos porcentajes se calcularán sobre el monto de la condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, y siempre que superen los mínimos legales (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 18, 36, 38, 46 y 60 del arancel).

3.4. Semejante es el criterio en relación a la apelación, en tanto en ese pasaje se hace lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocando la sentencia de primera instancia en cuanto hace al rechazo de la demanda. Adicionalmente, en cuanto hace al análisis de la demanda, se determinó la responsabilidad en un 50% para los demandados y se hizo lugar a uno de los dos rubros reclamados, por lo que entiendo que la imposición de costas en esta Alzada debe responder a al criterio que sugiere mi colega de establecerlos en un 60% a la actora y un 40% a la parte demandada (art. 72 del CPCC).

Para los trabajos aquí realizados, y usando los mismos criterios que para determinar los honorarios en la instancia anterior, regulo los honorarios de los abogados de la actora, Dres.

M. I. T. y D. G. L., en un 3,22% sobre el monto total de la condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4).

Por lo tanto, voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

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

De acuerdo a las respuestas brindadas a las cuestiones precedentes, corresponde:

I.- Revocar parcialmente el fallo apelado a los fines de hacer lugar a la demanda promovida por E. S. F. y N. E. U., en representación de su hijo N. S. F., contra J. C. M. y N. A. por daños y perjuicios. En consecuencia, condeno a los codemandados y a la citada en garantía S. C. de S. L. *in solidum* y en la medida del seguro, a abonar a los actores la suma de pesos un millón ($ 1.000.000), con más intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro (21/05/2019) hasta la fecha del presente decisorio, y desde esta última fecha hasta la del efectivo pago a la tasa activa que percibe el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas¸ con capitalización de intereses desde la fecha de notificación de la demanda (conf. art. 770, inc. b del CCN) ; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.-

II.- Imponer, por readecuación, las costas de grado, en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada.-

III.- Establecer, por readecuación, los honorarios de primera instancia, de los Dres. D. G. L. y M. I. T., en conjunto, en un 11,5%; los de los Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 18%; y manteniendo los de los peritos Dr. V. M. y Lic. S. T. A., en un 3% para cada uno; en todos los casos sobre el monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, y siempre que tales porcentajes superen los mínimos legales; con más el IVA pertinente.-

IV.- Imponer las costas de Alzada en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada.-

V.- Regular, por los trabajos efectuados en esta sede, los honorarios de los Dres. M. I. T. y D. G. L., en conjunto, en un 3,22% sobre el monto total de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, siempre que tal porcentual supere el mínimo legal, y con adición del I.V.A. correspondiente.Así lo voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Walter expresó:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, fiel expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría 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 haberse logrado la mayoría y encontrarse excusado

el restante vocal de Sala Sergio Rubén Lucero (art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145/97 STJCh y art. 274 del C.P.C.C.), 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 de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente el fallo apelado a los fines de hacer lugar a la demanda promovida por E. S. F. y N. E. U., en representación de su hijo N. S. F., contra J. C. M. y N. A. por daños y perjuicios. En consecuencia, condeno a los codemandados y a la citada en garantía S. C. de S. L. *in solidum* y en la medida del seguro, a abonar a los actores la suma de pesos un millón ($ 1.000.000), con más intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro (21/05/2019) hasta la fecha del presente decisorio, y desde esta última fecha hasta la del efectivo pago a la tasa activa que percibe el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas¸ con capitalización de intereses desde la fecha de notificación de la demanda (conf. art. 770, inc. b del CCN) ; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.-

II.- Imponer, por readecuación, las costas de grado, en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada.-

III.- Establecer, por readecuación, los honorarios de primera instancia, de los Dres. D. G. L. y M. I. T., en conjunto, en un 11,5%; los de los Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 18%; y manteniendo los de los peritos Dr. V. M. y Lic. S. T. A., en un 3% para cada uno; en todos los casos sobre el monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, y siempre que tales porcentajes superen los mínimos legales; con más el IVA pertinente.-

IV.- Imponer las costas de Alzada en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada.-

V.- Regular, por los trabajos efectuados en esta sede, los honorarios de los Dres. M. I. T. y D. G. L., en conjunto, en un 3,22% sobre el monto total de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, siempre que tal porcentual supere el mínimo legal, y con adición del I.V.A. correspondiente.

VI.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GUILLERMO NICOLÁS WALTER
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N°____016_____DEL AÑO 2024 – SDC – CONSTE.

PABLO ETCHART
SECRETARIO DE CAMARA