

Autos N° 50934 - "E. P. A. c/ G. J. L. P/ D. Y P. (Acc. De Tránsito)" - CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, MINAS, DE PAZ Y TRIBUTARIO DE MENDOZA – 21/05/2015

En la ciudad de Mendoza, a los veintinueve días de mayo de dos mil quince se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Cámara Segundo de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los Sres. Jueces titulares de la misma Dres. Gladys Delia Marsala, Silvina Del Carmen Furlotti y M. Teresa Carabajal Molina, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N 114.819/50.934, caratulados: "E. P. A. C/ G. J. L. P/ D. Y P. (ACC. DE TRANSITO)" originaria del Duodécimo Juzgado Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 403, por la actora y a fs. 406 por la Citada en Garantía, contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2014, obrante a fs. 386/391, la que decidió: hacer lugar a la demanda, declarar que la condena se hace extensiva a la co-demandada; costas a la demandada, regular los honorarios a los profesionales intervinientes, emplazar a las partes en cinco días para que soliciten el retiro de la documentación original.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 446, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Furlotti, Carabajal Molina y Marsala.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, plantearonse las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde?

SEGUNDA: Costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. FURLOTTI DIJO:

1. Que a fs. 403 interpone recurso de apelación la parte actora y a fs. 406 la citada en garantía interponen recurso en contra de la sentencia que rola a fs. 386/391, que acoge la demanda, impone costas y regula honorarios.

Para así decidir el Sr. Magistrado tuvo en cuenta que la actora señala que el día 24 de Enero de 2009 siendo aproximadamente las 21:30hs., los menores P.E. y M.V., descendieron de un ómnibus en la parada ubicada en calle Espejo a la altura del n° 589 del distrito de Russell, Maipú, Mendoza, al intentar cruzar dicha arteria hacia la vereda opuesta, es cuando fueron impactados en forma violenta por automóvil Ford Taunus que circulaba a excesiva velocidad en dirección opuesta a la del colectivo (este oeste). Reclaman gastos terapéuticos, incapacidad sobreviniente y daño moral.

La contestación de la citada en garantía a la que adhiere la demandada, sostiene que los menores cruzaron por detrás del colectivo que se encontraba detenido, lo que tornó imposible la visualización de los niños, que al verlos accionaron los frenos sin poder evitar la colisión, sostiene que hubo culpa in vigilando de los progenitores de los menores por dejar que niños de seis años viajen solos de noche.

Luego se produce la prueba, las partes alegan y el Sr. Juez dicta sentencia, en virtud de las siguientes consideraciones:

Por un lado, la actora imputa responsabilidad a la demandada, ésta la niega y atribuye culpa invigilando de los progenitores de la víctima. También discuten respecto de los daños reclamados.

Corresponde la aplicación del artículo 1113- 2a. parte- 2o. párrafo del Código Civil. Considera que la demandada no ha probado ninguna de las eximentes previstas en la norma. En efecto la demandada no ha probado en forma alguna su versión referida a que los menores hayan cruzado por detrás del colectivo y que el mismo se encontrara detenido.

De las actuaciones policiales (AEV 505-P, fs. 1) el oficial policial únicamente ha consignado averiguaciones obtenidas de terceras personas las cuales no fueron identificadas ni se ha ofrecido testimonio alguno que corrobore tales dichos. Asimismo tanto en las pericias realizadas por policía científica (AEV 505-P, fs. 26) como de la pericial mecánica de fs. 192 de los presentes autos, se dictamina que no se puede determinar la trayectoria previa de los peatones por no haber evidencias claras en la zona del accidente, lo cual no fue observado por la citada en garantía. Asimismo el chofer del colectivo declara en el expediente penal (AEV 505-P, fs.1): "yo paré el micro por que tocaron el timbre y que luego cuando bajan los chicos es que arranco y al cabo de unos minutos escucho una frenada".

En cuanto a los daños reclamados, sólo ha sido motivo de agravio, el rubro "incapacidad sobreviniente". Recuerda que la incapacidad es el substrato fáctico que da lugar a los distintos tipos de daños resarcibles: lucro cesante, chance, moral, etc.. La incapacidad "no es el daño sino la causa jurídica de los daños a reconocer". Es un lucro cesante cuando "las consecuencias materiales o económicas atinentes a los llamados lucro cesante e incapacidad no varían en lo fundamental de modo que no hay verdadera diferencia (esencial u ontológica) entre esos rubros, en lo que hace al daño mismo, en ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante (...) el concepto de lucro cesante debe ser entendido más ampliamente que en su vértice tradicional, hasta comprender la mutilación de las potencialidades económicas de la persona, en razón de sus mediatas y futuras repercusiones patrimoniales"

Que este daño comprende no solo el aspecto laborativo sino también las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada como ser en el ámbito deportivo, artístico, cultural, sexual, etc. Y que si los antecedentes acompañados no permiten comprobar los ingresos económicos de la víctima, corresponde hacer uso de las facultades procesales (90 inc. 7 CPC) ponderando no solo la repercusión del accidente en el aspecto laboral sino también las consecuencias que afectan a la víctima tanto desde el punto de vista individual como social, lo que otorga al juzgador un marco de valoración más amplio.

De tal modo, tiene en cuenta los siguientes parámetros para justipreciar los daños:

- a) La edad de los menores, de 6 años a la época del accidente;
- b) El accidente le ha provocado en el caso de P. E. una limitación de la abdoelevación que claudica a los 110°, fractura de clavícula y trauma costal (pericia medico traumatólogo, fs. 212, penúltimo párrafo).
- c) Que el accidente ha dejado secuelas a nivel de esfera psicológica (periciales psico-lógicas de fs. 208 pto. 8 y fs. 255 pto. 8).
- d) Que las pericias han evaluado una incapacidad del 8% parcial y permanente (pericial médica de fs. 212) y del 5% permanente (pericial Psicológica fs. 208) para el menor P. E., en tanto que para el menor M.V. únicamente se ha dictaminado una incapacidad del 10 % parcial y transitoria que puede ser revertida con un adecuado tratamiento de 12 meses (pericial psicológica fs. 253/5).

Por tanto no queda en estos casos otro expediente que fijar una indemnización equitativa, para que el daño no resulte una ficción sin sustento en los hechos (íd. re Cerutti de nuestro Superior Tribunal antes citado). Con todo lo cual estimo equitativa, teniendo en cuenta comparativamente también las sumas fijadas por nuestro Superior Tribunal en los casos hasta aquí citados, la suma de \$ 30.000 para el menor P. E. y la suma de \$8.000 para el menor M. V., a la fecha de la sentencia.

2. A fs. 429/431 expresa agravios la citada en garantía apelante. Sus agravios radican en:

Errónea merituación de la prueba, expediente penal y pericial mecánica, por cuanto no existió conducta reprochable por parte de su asegurado. Que el accidente se produjo por culpa in vigilando de los padres del menor. No ha sido valorado que los menores tenían seis años, que viajaban solos en colectivo a las 22.30 hs. Que descendieron del colectivo e invadieron la zona de tránsito del automotor, que marchaba a velocidad reglamentaria. La aparición de los niños fue intempestiva. Se pregunta qué hacen niños de seis años solos en colectivo a las 22.30 hs.

Existió culpa in vigilando de los padres, por lo cual hubiera correspondido el rechazo de la demanda.

- b) En subsidio, plantea que no se valoró la incidencia causal de la conducta de los padres de los niños.
- c) El tercer agravio se relaciona con el rubro incapacidad sobreviniente respecto del menor V., ya que de las pruebas surge que no tiene incapacidad.

3. A fs. 434/436 la parte actora desiste del recurso de apelación y contesta agravios, solicitando que se rechace de conformidad a los argumentos que allí expone, a los cuales me remito en honra a la brevedad.

4. Antes de ingresar a la consideración del recurso anticipo al Acuerdo, que propondré el rechazo del recurso en trato. De una detenida lectura del libelo recursivo surge que la citada en garantía se agravia de tres cuestiones de la sentencia en crisis: la atribución de responsabilidad a su asegurado y la omisión de considerar, como eximente del daño total o parcial, la culpa in vigilando de los padres. Y sobre el rubro incapacidad respecto de uno de los niños (V.).

En primer lugar cabe aclarar que la "culpa in vigilando de los padres" no constituye una eximente de responsabilidad civil por cuanto su función, según los artículos 1.114, 1.115 y 1.116 del Código es constituir un factor de atribución de responsabilidad para trasladar las consecuencias dañosas del hecho de los hijos

menores de 18 años a sus padres. Además, "la culpa in vigilando", como factor de atribución subjetivo en esta responsabilidad ha sido superado por factores de tipo objetivo que tienen en cuenta otras razones para responder. En este sentido el Código Civil y Comercial de la Nación consagra que la responsabilidad de los padres es objetiva. Dicho de otro modo, hay que distinguir cuando el niño es dañado o cuando es el dañador. En el primer caso, lo que opera como causal de liberación total o parcial del sindicado como responsable es que el hecho del damnificado niño rompa total o parcialmente el nexo de causalidad y no la "culpa" de los padres. Cuando el niño es el dañador, la supuesta "culpa in vigilando" de los padres, en caso de entenderse que es factor de atribución, operaría como una razón suficiente para trasladar las consecuencias económicas del daño causado por el niño a sus padres. Es decir "la culpa in vigilando" podrá ser factor de atribución, pero no constituye una eximente de responsabilidad.

En este sentido dice Knavs que: "no es la culpa in vigilando de los padres la que opera como eximente de responsabilidad en los términos del artículo 1113 del Código Civil, sino el hecho mismo del menor el que fractura el nexo causal y exime al demandado de responder. Estos conceptos, como se verá en los acápites siguientes, son diferentes aunque por aplicación de uno u otro se llegue a idéntico resultado: la no responsabilidad del sindicado como responsable." (Knavs, Verónica El hecho del menor como eximente de responsabilidad en el marco del artículo 1113 del Código Civil, DJ 07/10/2009 , 2797). Luego, precisa la autora citada que: "Es equivocado aplicar la culpa in vigilando del artículo 1114 del Código Civil en la hipótesis de un menor que sufrió daños, ya que la norma citada establece dicha responsabilidad con relación a los daños causados por los hijos, por lo cual en la especie, no se daría tal responsabilidad sino el hecho de la víctima." Y señala que: "El artículo 1113 del Código Civil, tiene base en la relación causal y si se demuestra que el obrar del agente no es la causa del daño, no se configura con relación al demandado, uno de los presupuestos para que opere su responsabilidad. En otras palabras, la cuestión debe ser analizada bajo el prisma de la causalidad. No se trata de valorar la culpabilidad del menor ni la de sus padres, sino autorías materiales." (op. Cit.).

Kemelmajer, ha dicho que: "He explicado en otras ocasiones por qué es erróneo citar el artículo 1116 del Código Civil en apoyo de esta posición, norma que se refiere a los daños causados por los hijos menores a terceras personas, no a los sufridos por el niño." Y señala que: "Otros autores, a los que adhiero, no exigen imputabilidad para que opere la reducción o la eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián; basta que el hecho del inimputable haya sido "causa" o "concausa" de la producción del daño, pues entonces el perjuicio no puede ser atribuido al demandado, y por esa falta de causalidad (total o parcial) la pretensión indemnizatoria debe rechazarse (total o parcialmente). En el Derecho argentino esta posición se funda en que: El artículo 1113 tiene base en la relación causal por lo que si se demuestra que el obrar del agente no es la causa del daño porque ella preexistía, no se da, con relación al demandado, un presupuesto de la responsabilidad que la ley le atribuye. En otros términos, el centro de la cuestión debe ser emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad, por lo que no se trata de ponderar culpas, sino autorías materiales;". (Kemelmajer de Car-lucci, Aída, "La eximente del artículo 1113 del código civil y el niño inimputable, víctima de un accidente de tránsito", Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2002 - 1. Accidentes de tránsito.Cita: RC D 119/2012.). También, Zavala de González ha dicho que: "En accidentes que afectan a una criatura hay un afán de encontrar culpables. Los padres lo serán casi siempre desde un enfoque ético, por el imperativo natural que soportan de cuidar a sus hijos. Sin embargo, lo que descarta un deber resarcitorio del demandado no es esa infracción, sino la situación objetiva de que el niño causó o cocausó el propio daño." (Zavala de González, Matilde M., Problemas causales en accidentes de tránsito, RCyS 2011-X , 20).

De tal modo, es erróneo plantear como eximente "la culpa in vigilando de los padres", ello así, corresponde analizar la influencia causal del accionar de los niños inimputable en la producción del evento dañoso. La autora citada dice al respecto: "No corresponde pues, hablar de culpa de los padres -por omisión al deber de vigilancia o incumplimiento de los deberes que impone el ejercicio de la patria potestad - cuando ha sido la conducta de sus hijos el factor causal del daño que han sufrido, pues no existe norma ni ficción legal alguna que permita desplazar la autoría ni la relación causal. En tales supuestos, el perjuicio no podrá de todos modos adjudicarse al demandado -o sí, pero parcialmente de acuerdo a la incidencia que haya tenido -, pues el hecho del menor ha fracturado el nexo causal." (Knavs, op. Cit.).

Con respecto a la influencia causal de los niños en la producción del evento dañoso y, aplicando lo expuesto, es clara la sentencia en crisis cuando afirma que: "En efecto la demandada no ha probado en forma alguna su versión referida a que los menores hayan cruzado por detrás del colectivo y que el mismo se encontrara detenido. De las actuaciones policiales (AEV 505-P, fs. 1) el oficial policial únicamente ha consignado averiguaciones obtenidas de terceras personas las cuales no fueron identificadas ni se ha ofrecido testimonio alguno que corrobore tales dichos. Asimismo tanto en las pericias realizadas por policía científica (AEV 505-P, fs. 26) como de la pericial mecánica de fs. 192 de los presentes autos, se dictamina que no se puede determinar la trayectoria previa de los peatones por no haber evidencias claras en la zona del accidente, lo

cual no fue observado por la citada en garantía. Asimismo el chofer del colectivo declara en el expediente penal (AEV 505-P, fs.1): "yo paré el micro por que tocaron el timbre y que luego cuando bajan los chicos es que arranco y al cabo de unos minutos escucho una frenada". Este análisis de las pruebas rendidas no ha podido ser desvirtuado por la parte apelante, ya que el mismo resulta adecuado a las constancias de la causa. De la compulsa del AEV y de la lectura de la prueba pericial mecánica surge que no se puede determinar cómo cruzaron los niños, por ende, no se puede determinar si contribuyeron causalmente a la producción del resultado.

En esta orientación ha dicho la SCJ de Mendoza que: "Basta que el hecho del inimputable haya sido causa o concausa de la producción del daño, pues entonces el perjuicio no puede ser atribuido al demandado, y por esa falta de causalidad, total o parcial, la pretensión indemnizatoria debe rechazarse, total o parcialmente." (SC Mendoza, sala I, 29-4-02, "Revista de Derecho de daños", 2003-2, p. 445). En el caso, el demandado no pudo demostrar que los hechos de los niños inimputables haya sido causa o concausa del daño. Por lo expuesto, este aspecto de la queja debe ser rechazado.

Con respecto a la indemnización otorgada al niño V. por incapacidad, estimo que tampoco la apelante, ha podido desvirtuar los sólidos argumentos de la sentencia en crisis. Es claro, el Colega de grado, cuando señala que, en virtud del art. 90 inc. 7 del CPC, pondera la repercusión del accidente en el aspecto laboral y las consecuencias que afectan a la víctima tanto desde el punto de vista individual como social. De tal modo, tiene en cuenta los siguientes parámetros para justipreciar los daños: edad (6 años); que las pericias para el menor M.V. únicamente se ha dictaminado una incapacidad del 10 % parcial y transitoria que puede ser revertida con un adecuado tratamiento de 12 meses (pericial psicológica fs. 253/5).

De tal modo, fija una indemnización de \$8.000 para el menor M. V., a la fecha de la sentencia.

La pericia psicológica señalada demuestra que el niño V. ha sufrido un daño que le ha provocado una incapacidad parcial y transitoria del 10%, la cual es justipreciada por el Juzgador en \$ 8.000 a la fecha de la sentencia. Por ello no asiste razón apelante cuando afirma que no existe lesión incapacitante que haya dejado secuelas permanentes por cuanto el resarcimiento es por la incapacidad parcial y transitoria, como bien lo destaca el Juzgador. De tal modo, se rechaza la queja.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de fs. 406, interpuesto por la citada en garantía, en contra de la sentencia que rola a fs. 386/391, la que se confirma en todas sus partes.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión las Dras. Carabajal Molina y Marsala, dijeron que adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN LA FURLOTTI DIJO:

Atento el resultado al cual se ha arribado, las costas se imponen a la apelante vencida (art. 36 CPC). ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión las Dras. Carabajal Molina y Marsala, dijeron que adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación.

SENTENCIA:

Mendoza, 21 de mayo de 2015.

Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación de fs. 406, interpuesto por Río Uruguay Coop. de Seguros Ltda, en contra de la sentencia que rola a fs. 386/391, la que se confirma en todas sus partes.

2) Imponer las costas a la apelante vencida.

3) Regular los honorarios profesionales de los Dres. M. M. M. F. C., H. L. y A. N. L., en las sumas de pesos dos mil novecientos treinta y siete (\$2937); pesos ochocientos ochenta y uno (\$881), pesos dos mil cincuenta y seis (\$2.056) y pesos seiscientos diecisiete (\$617), respectivamente y sin perjuicio del IVA en caso de corresponder. (art. 3, 15 y 31 LA).

NOTIFIQUESE Y BAJEN.

Fdo.: Silvina Del Carmen Furlotti - M. Teresa Carabjal Molina

Gladys Delia Marsala

Citar: eDial.com - AA92E2

Publicado el 11/11/2015