

Danos Y Perjuicios Accidente De Transito Menor Atropellado En Bicicleta Culpa Concurrente Chofer Distraido

JURISPRUDENCIA

bicicleta. Culpa concurrente. Chofer distraído
vigilando a la madre, por la muerte de un menor atropellado mientras aprendía a andar en bicicleta, atribuyéndole a la víctima un 65% de responsabilidad y el resto a la demandada.

Daños y perjuicios. Accidente de tránsito. Menor atropellado en

Se revoca la sentencia que rechazó la demanda de daños, atribuyendo culpa in

En Buenos Aires, a los 26 días del mes de junio del año dos mil

quince, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala ?L? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?Lalia, Fernando Gabriel y otros c/ Pascal, Nicolás Sebastián y otros s/ interrupción de la prescripción? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Flah dijo: I.- Los padres de M. M. L. de 8 años de edad y sus dos hermanos iniciaron el presente juicio por el accidente que sufrió el niño el 12 de febrero de 2004, a las 20:45 hs. aproximadamente cuando aprendía a andar en bicicleta en la Av. Mosconi y la calle Sargento Cabral de la Localidad de Lomas del Mirador, Partido de La Matanza, junto a su hermano de 16 años y un amigo. En tales circunstancias el menor perdió el equilibrio, se desvió hacia la avenida y fue atropellado por un colectivo de la línea 113, lo que le provocó la muerte. El magistrado desestimó la acción por considerar que el hecho ocurrió por la culpa ?in vigilando? de la progenitora de M. Contra dicha decisión obrante a fs. 664/71 se alzaron disconformes los actores, expresando agravios a fs. 684/89, que fueron respondidos a fs. 694/6 y 698. II.- a) Pese a la diferencia entre una bicicleta y un automotor, resulta aplicable el art. 1113 segundo párrafo del Código Civil, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba prevenida por dicha norma, que beneficia al actor y que lleva a presumir la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa con la que se causó el daño. Sea que se considere que se ha producido por el vicio o por el riesgo de la cosa, la situación en este aspecto no varía, pues la presunción sólo quedará sin efecto si media un factor que interrumpa la relación causal, lo que no ocurrirá más que cuando el imputado demuestre que medió culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. No existen dudas que el accidente ocurrió cuando el niño M. aprendía a andar en bicicleta en la puerta de su casa sita en la Av. Mosconi y Sargento Cabral de la localidad de Lomas del Mirador, junto a su hermano y dos amigos y en determinado momento perdió el equilibrio, se desvió hacia la avenida y fue arrollado por el colectivo de la línea 113 que circulaba por la mencionada arteria. El magistrado entendió que el hecho ocurrió por la culpa ?in vigilando? de la madre. Los actores apelaron esta decisión por entender que el responsable del siniestro fue el conductor del ómnibus que embistió al niño por encontrarse distraído al hablar con otra persona. A fs. 13/4 de la causa penal declaró R. E. M. Dijo que estaban reunidos en la vereda de la casa de E. (actor en autos) y se presentó su hermano M. con una bicicleta rodado 20 de color amarillo y les solicitó lo ayudaran a andar ya que todavía no la dominaba bien. Agregó ?lo ayudaban a M. a mantener el equilibrio de la bicicleta y lo empujaban unos metros para que tomaran envión y luego lo soltaban para que ya ande solo, siempre por sobre la vereda de Mosconi con dirección a Sargento Cabral y viceversa, que estos movimientos los realizaron aproximadamente por espacio de 30 minutos. Que en la última vez, también realizaron la misma maniobra donde el dicente y S., lo empujaron por espacio de 10 metros, en sentido de Sargento Cabral y Pueyrredón, y cuando lo soltaron realizó unos metros, para luego perder el control de la bicicleta dirigiéndose a la avenida Mosconi, y cuando las ruedas de la bicicleta tocan el asfalto, es embestido de frente por un colectivo de la línea 113, el cual circulaba con sentido a Capital Federal, donde esta unidad pasa por arriba a M. y a la bicicleta, parando unos metros más adelante en virtud a la velocidad que llevaba?. En similares términos declaró S. G. C. a fs. 15/6 de la causa penal. A fs. 17 de la causa penal declaró Ana Laura Zancari quien viajaba en el colectivo de la línea 113. Si bien no vio el momento del hecho, dijo que el chofer del micro iba conversando con un sujeto masculino y la velocidad era normal. A su vez, a fs. 18 declaró su hermana Jimena Paula Zancari quien también viajaba en el colectivo. Aclaró que ?el chofer venía desde San Justo, al menos desde donde la subió hablando con otro hombre que estaba detrás del asiento del conductor, quien le hablaba detrás del hombro derecho del conductor y hablaron durante todo el viaje hasta el momento del accidente?. A fs. 83 declaró Juan Manuel De Marco que también viajaba en el ómnibus. Explicó que el conductor iba hablando con otra persona y giraba la cabeza hacia atrás. Agregó que le pareció extraño que no sintió algún movimiento brusco, como ser una frenada, una maniobra o algo que por instinto pueda hacer un chofer. Sostuvo que el conductor en un primer momento no comprendió lo que había ocurrido, por eso comenzó a preguntar que pasaba y los pasajeros le respondieron a los gritos que había pisado al niño. Del informe accidentológico vial surge que el contacto se habría producido entre la parte frontal, paragolpe delantero sector derecho del colectivo contra la cabeza en la parte posterior izquierda de la víctima y que ambos rodados revisten la calidad de embestidor físico (fs. 144/6 causa penal). De acuerdo a lo que surge de las pruebas rendidas en la causa penal juzgo que las conductas de ambos protagonistas incidieron causalmente en la producción del lamentable

evento dañoso. En la sentencia absolutoria de fs. 469/78 de la causa penal se señaló que "...no se ha incorporado ningún elemento de prueba que permita tener por acreditado fehacientemente que el imputado de autos estuviera conduciendo su unidad al momento del hecho, o en los momentos previos al mismo, acompañado por algún ladero de la Empresa de Colectivos, o conversando aunque mas no sea en forma ocasional, con algún pasajero?" (fs. 474 y vta.). El juzgador anterior siguió ese criterio destacando que ha de atenderse a los hechos fácticos que tuvo en cuenta el magistrado penal, pues el hecho es uno. No concuerdo con tal decisión. La absolución del acusado en el juicio criminal no hace cosa juzgada respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados? (CNCiv, en pleno, 1946/04/02, La Ley, t. 42, p. 156-JA, 1946-I-803). La sentencia penal hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho principal, pero no sobre la inexistencia de culpa del acusado. La sentencia penal absolutoria por falta de culpa tampoco hace cosa juzgada en sede civil, si la responsabilidad del demandado se basa en un factor de atribución objetivo o en una presunción de culpa (conf. "Código Civil, comentado y anotado", Santos Cifuentes director, Fernando A. Sagarna, coordinador, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2º reimpresión 2005, págs. 849 y sigtes.). En este juicio no se trata de dilucidar si existió el hecho o no, pues es cierto que es uno solo y se encuentra comprobado, no obstante la valoración probatoria que se efectúa respecto a los episodios fácticos que rodearon al asunto, en el presente caso, ha de variar y no por ello se caería en una contradicción. Resulta inadmisibles pretender negar los dichos de los testigos que han sido claros y convincentes y no fueron desvirtuados por otras pruebas en contrario. No ha de desconocerse que las dos hermanas testigos del siniestro y el testigo de fs. 83 vieron que el chofer del ómnibus estaba distraído por hablar con un muchacho (ver además declaraciones de fs. 29/31 y 32/3). Aun cuando dicha conducta no estuviera prohibida para el chofer, se advierte que en el caso le sustrajo atención a la conducción y por ello no vio al niño que apareció de frente al ómnibus. Nótese que ni siquiera supo que lo había atropellado. Lo contrario, es decir, la atención en el manejo, posiblemente hubiese implicado un accidente de menor magnitud.

Tales circunstancias son suficientes a mi juicio para tener por acreditada la responsabilidad del demandado. Ahora bien, no concuerdo con el magistrado en que la madre del niño -hoy fallecida- fuera la culpable del accidente por la falta de cuidado (en su caso sería de ambos progenitores), no obstante -pese a la responsabilidad que le cabe al demandado- entiendo que el hecho de la víctima incidió en mayor medida para que el accidente ocurra. No resultó prudente que el menor estuviera aprendiendo a andar en bicicleta en una avenida de alto tránsito como se trata de Mosconi y donde circulan colectivos (ver inspección de fs. 1/2), acompañado de su hermano y amigos también menores de edad, puesto que se trataba de un conducta por demás peligrosa que no debió avalarse. Consecuentemente, juzgo que el hecho de la víctima incidió en un 65 % en la producción del evento dañoso y el 35 % restante corresponde a la demandada. En suma voto por admitir parcialmente la acción y por condenar a Bernardino Rivadavia Sociedad Anónima de Transporte Automotor (fs. 113) y a Nicolás Sebastián Pascal (fs. 141). b) La citada en garantía reconoció la vigencia del contrato de seguro, no obstante opuso la existencia de una franquicia a cargo del asegurado (fs. 189). Al respecto, y sin perjuicio de la ley 26.853, debo aclarar que mi posición coincide con la doctrina del fallo dictado por esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que establece que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado no es oponible al damnificado sea o no transportado ("Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte y otros s/ Daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales"). Ello es así, aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 4 de marzo de 2008 resuelve justamente en ambos expedientes mencionados y en "Villareal Daniel A. c/ Fernández Andrés" que "La franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación". De acuerdo a lo reseñado, propongo se haga extensiva la condena a la asegurada, declarando la inoponibilidad de la franquicia a la víctima. III.- Pérdida vida humana. Daño emergente Por este concepto se reclamó \$... para el padre Fernando Lalia y \$... para la madre Gladys Vicari (hoy fallecida). La persona humana es un valor jurídicamente protegido que ha tenido notorio ascenso en la estructura y ensamble de los derechos humanos trascendentales, dando cabida al derecho a la dignidad de la vida. Esta idea-fuerza recibe consagración constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, que reconoce esa jerarquía esa los pactos internacionales de derechos humanos y conjugar este derecho humano fundamental con la reparación que podría corresponder a quienes se vieron privados de la vida de quien les era muy cercana no es tarea fácil. El valor de la vida humana, sin perjuicio de sus posibilidades productivas concretas, es psico-orgánico por sí, de donde las entradas económicas pueden considerarse como un dato -para algunos importante- pero no decisivo, para valuar el valor de la vida, que lo tiene en sí misma. En relación al valor vida se distinguen dos valoraciones económicas, la de lo que produce o pueda producir la persona y la de que lo que ella es para poder producir. En sincronía, y atendiendo a las condiciones personales de la víctima, estimo justo establecer esta partida en la suma de \$... para cada uno de los progenitores (art. 165 del Cód. Procesal), quedando \$... para cada uno, por el porcentaje de responsabilidad. IV.- Daño moral. Por este concepto se reclamó \$... cada uno de los padres y los hermanos J. y E. reclamaron a fs. 107, también \$... para cada uno. La Defensora de Menores planteó la

inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, planteo al cual adhirió la parte actora a fs. 107. La demandada replicó a fs. 121 y la aseguradora a fs. 190. Es cierto que los hermanos de la víctima carecen de legitimación para reclamar daño moral por la muerte de aquel, debido a la valla que impone el art. 1078 del Cód. Civil. Sobre el particular adhiero al criterio sentado por un precedente de esta Sala en los autos ?Alcántara, Héctor Mario y otros c/ Amat, Mercedes de los Ángeles y otro s/ daños y perjuicios? del 14 de julio de 2011 donde se dijo: ?La falta de legitimación de los hermanos para reclamar el daño moral porque no son herederos forzosos de la víctima del ilícito, es una respuesta inadecuada e irrazonable del sistema jurídico, que lesiona el común y básico sentido de justicia, apareciendo éticamente disvaliosa. Dicha normativa importa limitar el acceso a la justicia de los peticionantes, impidiéndoles la reparación del daño que mas impacta y se vincula con la sensibilidad humana, como es el daño moral, precisamente en ocasión de una de las situaciones mas graves, trascendentes y delicadas por las que puede atravesar una persona como es la injusta pérdida de su hermano conviviente, por ese debe admitirse el resarcimiento por daño moral pedido, y declararse inconstitucional al art. 1078 del Código Civil, en la medida que impide el resarcimiento del daño moral sufrido por los hermanos convivientes de la víctima?. (Sumario N°21106 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil). A mi juicio surge evidente la desigualdad que establece el ordenamiento jurídico a través de la fórmula excluyente que consagra el art. 1078 del Cód. Civil y por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad. No existen dudas de la angustia y desazón que éstos familiares sufren por la muerte de su hermano de tan solo 8 años. Además, no ha de soslayarse la inminente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) que en su art. 1741 establece ?Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible?. Por estas razones y por las demás señaladas en el antecedente citado, que en mérito a la brevedad me remito, voto porque se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil. Por lo demás, según el art.1078 citado, considero que el daño moral es resarcible y no está encaminado a sancionar el autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar la damnificada como consecuencia del mismo, procurándole una especie de satisfacción o compensación. No es fácil traducir en esta suma de dinero la valoración del dolor, sufrimiento, molestia, angustia o temores que padece la víctima. Sólo ella puede saber cuánto sufrió, pues está en juego no solo sus afecciones íntimas, sino sus vivencias personales. No existen unidades o patrones de medida para estimar pecuniariamente la reparación del daño que más que estrictamente moral, alcanza la esfera extrapatrimonial de la persona. Al otorgarse una indemnización por este concepto, no se está poniendo un precio al dolor, sino que se trata de otorgar una compensación por un daño injustamente sufrido (conf. Orgaz Alfredo "El daño resarcible?", pag 187, Brebbia Roberto "El daño moral" n° 116). Es indudable el dolor y angustia de los familiares de M. frente a su sorpresiva y brutal muerte y a tan corta edad. Respecto a los montos, si bien son los damnificados quienes pueden justipreciar esta partida, en el caso debido a la gravedad del asunto y el tiempo transcurrido, entiendo que nada obsta para otorgar una cifra superior a la reclamada. Por lo cual propongo la suma de \$... para cada uno de los padres, quedando en \$... para cada uno por el porcentaje de responsabilidad. Para cada uno de los hermanos la suma de \$..., quedando en la suma de \$... (art. 165 del Cód. Procesal). V.- Daño psíquico: Cada uno de los actores reclamaron \$... por este rubro. De la pericial de fs. 352/55 surge que E. padece incapacidad parcial y permanente del 20 %. Respecto al padre se informó a fs. 357/60 que padece una incapacidad parcial y permanente del 10 %. J. también padece una incapacidad parcial y permanente del 10 %. Los informes fueron impugnados a fs. 374/5, no obstante el experto ratificó a fs. 382/4 su dictamen. No siendo desvirtuadas por otras pruebas la sana crítica aconseja frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor aceptar las conclusiones del perito (conf. Palacio, Lino ?Derecho Procesal Civil?, tomo IV, pag. 720). En consonancia, juzgo admisible esta partida al provocar una disminución de la capacidad vital con la que los damnificados contaban antes del siniestro. Respecto al monto tendré en cuenta las condiciones personales de los actores y las secuelas permanentes que padecen. De allí y con las facultades que el art. 165 del Cód. Procesal confiere a los jueces, voto por otorgar a favor de E. la suma de \$... , quedando en \$... por el 35 % de responsabilidad. Para J. y su padre voto por fijar este rubro en \$... para cada uno, quedando \$... a cada uno. La ausencia de prueba pericial que indique la extensión de este daño, impide admitir esta partida respecto de Gladys Vicari. VI.- Tratamiento psicológico: Por este concepto pidieron \$... cada uno de los actores. E. debe realizar tratamiento durante un año y medio, una vez por semana (fs. 354 vta.). Respecto al padre del niño se recomendó la realización de tratamiento durante nueve meses una vez por semana (fs. 350 vta.). Por último, J. deberá realizar psicoterapia durante nueve meses una vez por semana. Corresponde admitir esta partida por tratarse de daño material indirecto. Respecto al monto juzgo equitativo otorgar para E. la suma de \$... , quedando \$..., \$... para el padre y \$... para J., quedando en \$... para cada uno (art. 165 del Cód. Procesal). Por los mismos fundamentos que en el daño psíquico, esta partida no podrá admitirse respecto de Gladys Vicari. VII.- Gastos de sepelio Se reclamó \$... por este gasto. De acuerdo a lo que surge de la factura

de fs. 408, reconocida a fs 405 corresponde acceder este ítem a favor de Fernando Lalia. VIII.- Las costas deben ser soportadas por la demandada y la aseguradora en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Procesal). IX.- Más allá de la derogación de los arts. 302 y 303 del Cód. Procesal, coincido con la doctrina expuesta en los autos ?Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios? debiendo computarse los intereses -respecto de todos los rubros- desde el momento del hecho hasta el efectivo pago, aplicando la tasa activa general (préstamos) nominal vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. A su vez, propongo para el caso de demora en el pago de la condena en el plazo de diez días, además de los intereses compensatorios se paguen intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario ?Samudio? (ver al respecto los autos de esta Sala ?Scenna Miguel Ángel y otros c/ 17 de Agosto S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios? sentencia del 30 de mayo de 2014, expte. n° 63.614/01). Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo que se revoque la sentencia, se admita la acción y se condene a Bernardino Rivadavia Sociedad Anónima de Transporte Automotor y a Nicolás Sebastián Pascal a pagar a Gladys Patricia Vicaria (hoy fallecida) la suma de \$..., a Fernando Gabriel Lalia la suma de \$..., a E. N. L. \$... y a J. D. L. \$..., dentro de los diez días, con más los intereses establecidos al punto IX. Todas sumas netas por el porcentaje de responsabilidad. Dicha condena se hace extensiva a Trainmet Seguros S.A., declarando la inoponibilidad de la franquicia a los actores. Con las costas de ambas instancias a los vencidos. Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Flah, el Dr. Liberman vota en el mismo sentido. La Dra. Pérez Pardo no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Con lo que terminó el acto. Firmado: Lily R. Flah y Víctor Fernando Liberman. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Jorge A. Cebeiro Secretario de Cámara Buenos Aires, de junio de 2015. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: revocar la sentencia, admitir la acción y condenar a Bernardino Rivadavia Sociedad Anónima de Transporte Automotor y a Nicolás Sebastián Pascal a pagar a Gladys Patricia Vicaria (hoy fallecida) la suma de \$... , a Fernando Gabriel Lalia la suma de \$... , a E. N. L. \$... y a J. D. L. \$..., dentro de los diez días, con más los intereses establecidos al punto IX del voto de la Dra. Flah. Todas sumas netas por el porcentaje de responsabilidad. Dicha condena se hace extensiva a Trainmet Seguros S.A., declarando la inoponibilidad de la franquicia a los actores. Con las costas de ambas instancias a los vencidos. La Dra. Pérez Pardo no firma por encontrarse en uso de licencia (art.109 del RJN). Regístrese, dese vista al Fiscal de Cámara, oportunamente devuélvase.- Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art.164, 2° párrafo, del Código Procesal y art.64 del Reglamento para la Justicia Nacional. LILY R. FLAH - (P.A.S.) VICTOR FERNANDO LIBERMAN 002954E