

Colision Entre Bicicleta Y Colectivo Omision De Frenado Del Conductor

JURISPRUDENCIA

Colisión entre bicicleta y colectivo. Omisión de frenado del

conductor

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda resarcitoria de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito ocurrido al ser embestida la bicicleta en la que circulaba el hijo del accionante -de 6 años de edad- por la parte delantera de un ómnibus, por considerar que la omisión de frenado del conductor del micro es la causa directa de la maniobra de frenado y esquivé del menor y tiene entidad suficiente en el orden causal para considerar habilitada la procedencia de la responsabilidad civil con factor de atribución objetivo.

En la ciudad de Azul, a los 16 días del mes de febrero del año Dos Mil Dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi, Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Quiroz Rubén Alberto y otra c/ Piñeyro Luis Eduardo y otro s/Daños y perjuicios" (Causa N° 60.037), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dra. LONGOBARDI, Dr. PERALTA REYES y Dr. GALDOS.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: - CUESTIONES - 1ra.- ¿Corresponde declarar la deserción del recurso de fs.382? 2da.- ¿Es justa la sentencia de fs.360/376? 3ra.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? - VOTACION - A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Juez Dra. LONGOBARDI, dijo: I). La parte actora apeló (fs.382), la sentencia definitiva recaída en autos a fs.360/376, recurso que le fuera concedido libremente (fs.383). No obstante ello y de conformidad al informe de la Actuaría de fs.422, no expresó agravios; sin que dicho acto procesal pueda ser suplido por el escrito peticionando adecuación de tasa de interés de fs.431/432. En consecuencia de ello corresponde decretar la deserción del recurso de apelación de fs.382, lo que así se dispone. Así lo voto. A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores PERALTA REYES y GALDÓS, por los mismos fundamentos, votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Juez Dra. LONGOBARDI, dijo: I). La demanda de autos fue promovida por Rubén Alberto Quiroz y Marina Belén Sosa, por sus propios derechos y en representación del hijo menor de edad de ambos A. Q., contra Luis Eduardo Piñeyro, Transportes Nueve de Julio S.R.L.(Línea 500) y/o contra quien resulte titular registral del vehículo dominio ..., reclamando la suma de \$ 1.045.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, intereses, gastos y costas del juicio. Solicitaron asimismo la citación en garantía en los términos del art. 118 L.S. de Mutual Rivadavia Seguros del Transporte Público de Pasajeros. Persiguen mediante esta demanda la indemnización de los daños y perjuicios derivados del accidente ocurrido el día 05 de diciembre de 2006 aproximadamente a las 19,30 hs., del que fue víctima su nombrado hijo A., a la época de 6 años de edad, en circunstancias en que éste paseaba con su bicicleta cerca de su domicilio y fue embestido por la parte delantera del ómnibus conducido por Piñeyro, quien en ese momento circulaba a muy baja velocidad pero no advirtió la bicicleta porque se encontraba distraído extendiendo el boleto a una pasajera que acababa de subir al transporte público. El menor cayó y quedó atrapado bajo la rueda derecha delantera sin llegar a ser aplastado, pues el micro en la acción de avance y hasta su detención, fue empujando y arrastrando el cuerpo del menor delante de la rueda (fs. 38vta y 39, sentencia fs. 360vta.). Los actores consideran responsable directo del accidente -único y excluyente causante del hecho como autor directo del daño- al conductor Luis Eduardo Piñeyro; asimismo demandan por responsabilidad refleja a la propietaria "Transporte 9 de Julio S.R.L." por el hecho de su dependiente (art. 1113 Cód. Civil) y reclaman al titular registral del ómnibus, por efecto del art. 27 de la ley 22.977. Detallan los daños sufridos por el menor A., las internaciones e intervenciones quirúrgicas soportadas, y que al momento de la demanda padecía de un 56% de incapacidad parcial permanente por las lesiones recibidas en su mano derecha y en ambos miembros inferiores, en particular el izquierdo, habiendo sufrido en éste "scalp" grave del muslo (arrancamiento de piel) y fractura epifisiólisis extremo distal de fémur. Reclaman para su hijo las sumas de \$ 700.000 por daño corporal (56% de I.P.P.) y \$ 200.000 por daño moral; y por su propio derecho las sumas de \$ 100.000 de daño moral a los padres (peticionando la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 Cód. Civil) y la de \$ 35.000 por gastos varios, asistencia farmacéutica y futuras cirugías correctivas. II). Contestó la demanda el Dr. Alberto J. Gómez por la demandada "Transporte Nueve de Julio S.A.C.E.I." y por la citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. Efectuó una negativa de los hechos afirmados por los actores y dio su versión de los mismos. Según ésta, el ómnibus conducido por Luis Eduardo Piñeyro dominio ... fue embestido por una bicicleta conducida por el menor A. Q., cuando el ómnibus estaba transponiendo lentamente la intersección indicada en calle Corrientes y antes del Pasaje 5 del Barrio Arco Iris, y que al descender encontró al menor herido, caído debajo del automotor. Afirmó que el niño, menor e inexperto, patinó en su bicicleta y no pudo mantener el equilibrio, cayendo debajo del ómnibus. Que circulaba por la calle sin casco protector, lo que representa un grave

riesgo dada su corta edad, y que fue el niño quien por su inexperiencia no circuló con cuidado y prevención. Negó la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil y atribuyó la responsabilidad a los padres del menor, por falta de la debida vigilancia al permitirle circular por calles transitadas y sin manejo del biclo. Contestó asimismo la demanda por el codemandado Luis Eduardo Piñeyro, negando el dolo o culpa de su representado y la falta de los presupuestos de la responsabilidad civil; en particular adujo que la actora no ha demostrado la relación causal entre el daño y la participación de la cosa, por falta de contacto del ómnibus con la bicicleta antes de su caída. Arroga la responsabilidad a los padres del menor. Respecto a los montos afirma que se ha incurrido en ?plus petitio?, se opone al planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 Cod. Civil y al reclamo de gastos médicos y varios sin documentar. III). La sentencia que motiva la intervención de esta alzada, luego de enmarcar el hecho en un supuesto de responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 Cod. Civil), es decir, en el marco de la responsabilidad objetiva, con abundantes citas doctrinarias acerca de la carga de la prueba y de la eximente de responsabilidad que sólo se configura si el demandado dueño o guardián de una cosa riesgosa acredita que ha mediado culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, prueba que se considera no acreditada si la existencia de la causa del daño permanece ignorada o desconocida, analiza el caso concreto de una colisión entre un vehículo de mayor porte y un ciclista, como el caso de autos. Con la prueba producida a la que hace referencia, tiene por acreditado que el ómnibus se encontraba circulando a 15km. por hora (fs. 51 de la I.P.P. N°10.902/06 agregada por cuerda) extendiendo el chofer el boleto a una pasajera que había subido al colectivo una cuadra antes, sin haber tomado asiento todavía, lo que potencia el riesgo y además configura una clara violación del art. 65 de la ley de Tránsito 11.430, vigente al momento del hecho. De allí dedujo que el conductor Piñeyro no pudo detener a tiempo al vehículo antes de calzar a la bicicleta con el niño en el eje delantero, arrastrándolo durante una distancia de 1.80 m., lo que causó las lesiones; estableciendo así la relación causal entre la acción de la cosa y el daño. Luego de un minucioso análisis de la prueba consideró procedente hacer lugar a la demanda y condenar a los demandados al pago de la suma de \$ 671.931, comprensiva de los siguientes rubros y montos: \$371.931, por incapacidad parcial transitoria del 22,17% indicada en la última pericia médica o ampliación de pericia de fs. 213/233 (del 21/9/2010), calculado según fórmula ?Vuotto? considerando la edad del menor al momento del hecho (6 años) y un ingreso presunto de \$ 8.000 (salario mínimo de empleado de comercio al momento de fijar la indemnización). Asimismo comprensiva aquella suma total de los rubros daño moral del menor (\$200.000) que consideró acreditados con la pericia psicológica y daño moral de los padres (\$100.000), previa declaración de inconstitucionalidad, para el caso concreto y por aplicación de la legislación supranacional de jerarquía constitucional, del art. 1078 del Cód. Civil. Rechazó el rubro ?gastos varios ?por falta de prueba y aplicó intereses desde la fecha del hecho, a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires . Todo ello con costas a los demandados vencidos (art. 68 C.P.C.C.). IV). La demanda fue apelada por los actores (fs.382), recurso concedido a fs.383 y los demandados apelaron a fs. 384, concediendo su recurso a fs. 385 y fundado en esta instancia a fs. 404/414, siendo respondido por los actores a fs. 418/421; estos últimos dejaron desierto su recurso según informe de la Actuaría de fs.422, temática que ha quedado resuelta en la Primera Cuestión. En lo que aquí interesa, los demandados se agravaron de tres cuestiones en particular: 1- la asignación del 100% del quantum de responsabilidad a la demandada; 2- los montos indemnizatorios asignados, por altos y 3- la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 Cód. Civil que permitió otorgar reparación por daño moral a los padres del menor. 1- a) En lo que se refiere al porcentaje de responsabilidad en el hecho, se funda en que se ha asignado el cien por ciento de responsabilidad al conductor del ómnibus Piñeyro, cuando en realidad el único responsable, o al menos quien comparte la responsabilidad, es el propio menor, quien al no poder mantener el dominio pleno de la bicicleta cayó bajo las ruedas del ómnibus sin haber sido tocado por éste. De allí deduce la inexistencia de nexo causal entre el vehículo de mayor porte y los daños causados al menor. Sustenta esta conclusión en lo informado por la pericia mecánica en la causa penal, ya que en el ítem ?Mecánica del hecho? se consigna ?no se pudo detectar signos de colisión y/o daño alguno que pudiera determinar algún impacto entre los vehículos previo a la caída de la bicicleta?; que asimismo ?No es posible determinar un carácter de embistente y embestido en este caso? y atribuye en las causas determinantes del hecho, la caída y deslizamiento de la bicicleta hacia la parte baja del micro. Continúa citando el apelante que el perito dijo a modo de hipótesis ?que uno de los elementos que pudo contribuir a la caída de la bicicleta, es el hecho de tener freno solo en la rueda delantera, con lo cual ante una maniobra de esquivar y frenado al mismo tiempo, se producirá el deslizamiento de la rueda delantera, la caída de la bicicleta, continuando por ende y por el Principio de Inercia - Primera ley de Newton, la dirección que traía previa al hecho?. Se agravia de que el a quo no haya hecho mérito de esta pericia y afirma que fue el niño A. Q. el causante de su propio daño, por su impericia o porque dado su escasa edad no pudo mantener el dominio pleno de su biclo y por ello se cayó solo, sin que nada tuviera que ver el chofer con la caída del niño en plena intersección. Que el menor violó así una ley de tránsito al no mantener el pleno dominio de la bicicleta. Que las bicicletas tiene una notable peligrosidad pasiva: problemas de equilibrio, fragilidad y exposición del cuerpo. Afirma que sin perjuicio de que nos hallamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual con un factor de atribución objetivo, ello no obsta a que deba existir como requisito de esa responsabilidad una

relación de causalidad que, aunque se vea simplificada por la participación de una cosa riesgosa, no puede estar ausente y que la prueba de esa relación entre el hecho y el resultado, incumbe a quien ejerce la pretensión, por imperio del art. 375 CPCC. Agrega que sin perjuicio de hallarnos en dicho ámbito de responsabilidad objetiva no hay presunción de causa y ésta siempre debe acreditarse. Luego se refiere a la actuación de la víctima como factor de interrupción del nexo causal y continúa abundando en consideraciones acerca de la responsabilidad parental por el indispensable control que deben efectuar los padres sobre los actos de los hijos menores. b) Dejando de lado las restantes consideraciones teóricas efectuadas sobre la concausa y la culpa in vigilando de los padres, corresponde detenerse en aquel argumento. Me anticipo a decir que no le asiste razón al apelante en los razonamientos que utiliza para intentar desviar la responsabilidad hacia la propia víctima -sus padres, en consecuencia, por culpa in vigilando- para evitar o al menos morigerar el porcentaje de participación causal en el hecho del vehículo de mayor porte. Pese a la apresurada conclusión que el apelante deduce de las transcripciones parciales de párrafos de la pericia mecánica, del análisis de la misma, del croquis que la acompaña y de las declaraciones testimoniales meritadas en la sentencia y que no fueron cuestionadas por el apelante, surge con meridiana claridad la mecánica del hecho y la relación causal entre el obrar del conductor del ómnibus, la caída de la bicicleta y consiguientes lesiones ocasionadas al menor al ser arrastrado por el colectivo durante un metro ochenta de distancia, aun que a baja velocidad (15km/h). Es más: quien actuó con precaución e intentó esquivar la marcha desaprensiva del colectivo, fue el pequeño A., que según surge de la misma pericia, intentó frenar al ver el colectivo y a la vez maniobrar para esquivarlo, pese a los cual no lo logra porque el colectivo recién frena y detiene su marcha después del impacto, cuando siente el ruido y el arrastre. Queda muy claro que: en primer lugar, por tratarse de un factor de atribución objetivo, basta probar la relación causal, lo que no implica necesariamente contacto físico como embistente, ya que ¿relación causal? va mucho más allá del mero contacto físico. Numerosos son los casos en que está disociada la calidad de embistente mecánico con la de causante del choque. En autos está probado que el colectivo venía transitando por el lado izquierdo de la encrucijada en que se produce el accidente (croquis fs. 5 causa penal); que había ascendido una cuadra antes una pasajera y el conductor había reanudado la marcha, aunque a baja velocidad, sin que la pasajera se hubiese sentado aún, encontrándose el chofer con la cabeza vuelta hacía atrás en el momento del accidente para extenderle el boleto (testimoniales de fs. 221 y 222). El menor desemboca por la calle Pasaje N° Cinco (ver croquis citado) y al advertir que el micro continúa su marcha sin detenerse o cederle el paso, intenta frenar la bicicleta y desviarla hacia la derecha, maniobra que -posiblemente según dice el mismo perito, por tener solo freno delantero- provoca su caída y deslizamiento hacia adelante, por debajo del micro que continuaba su avance y que lo engancha ya caído y lo arrastra durante un metro ochenta, provocándole las lesiones. En este contexto y secuencia de hechos, pretender que el colectivo no fue embistente y que por ello no está probada la relación causal es inexacto, porque si el conductor el vehículo mayor -la cosa riesgosa- se hubiera detenido totalmente mientras extendía el boleto a la pasajera y luego reanudado su marcha como indican las normas de tránsito, habría advertido la presencia del menor circulando en su bicicleta, habría frenado a tiempo y no hubiera obligado a éste a hacer la maniobra de frenado y esquite que lo desestabilizó e hizo caer al suelo deslizándose hacia adelante, justo debajo de la trayectoria del micro. Si el micro hubiera frenado, la caída de la bicicleta hubiera sido irrelevante, es más, cabe suponer que no se hubiera producido porque la bicicleta hubiera continuado su marcha sin caer. En síntesis, es la imprudencia del conductor del ómnibus que no advirtió la presencia de la bicicleta, la que produce la maniobra de frenado del biciclo, que a consecuencia de ello pierde la estabilidad y cae deslizándose bajo la rueda del ómnibus que continúa su marcha. La omisión de frenado del conductor del micro es la causa directa de la maniobra de frenado y esquite del menor y tiene entidad suficiente en el orden causal para considerar habilitada la procedencia de la responsabilidad civil con factor de atribución objetivo (art. 1113 C.C.). Recientemente también esta Sala ha dicho en un caso de similares aristas al presente, que ¿En realidad, cuando el art. 1113 C.C. habla de ¿culpa de la víctima o de un tercero?, se está refiriendo a una conducta que provoque la ruptura del nexo causal en la responsabilidad objetiva. Es decir, que la conducta de la víctima o del tercero por quien no se debe responder, no puede enmarcarse en una culpa concurrente, salvo que tenga virtualidad suficiente para interrumpir el nexo causal que liga a la cosa riesgosa con el daño?(esta Sala, Causa 60.041, ¿Díaz...?, sent. del 15/11/2015). Por otra parte en cuanto a la relación de causalidad también ha dicho esta Sala que ¿la ausencia de contacto físico o material entre los vehículos conlleva mayor rigurosidad en la prueba de la relación causal, en cuyo caso no se presume (C.S., 13/10/94 ¿González Estratón? Fallos 317:1336), y debe acreditarla la actora porque no rige regla de que el embestimiento contiene la presunción de que el resultado físico es consecuencia del hecho (S.C.B.A., Ac.89529, 14/12/2005, ¿V., M.C. y otra c/ Lousan, Fernando Fabián y otro. Daños y Perjuicios?; esta Sala causa N°54530, 23/08/11 ¿Torres, Elsa c/Bustingorry Alejandro s/Daños y Perjuicios). La causalidad adecuada en materia de accidentes de tránsito como vínculo fáctico y jurídico que conecta un hecho o una omisión con un resultado no requiere necesariamente del contacto de los vehículos (doc. S.C.B.A. Ac.54669, 9/12/95 ¿Barat? D.J.J. 150-209; Ac..59283, 15/10/96 ¿Buiatti?; ver el comentario de Isidoro Goldenberg a C.S. 4/10/94 ¿Castro? en J:a.1195-I-300; esta Sala Causa N°50127 ¿Borda Oscar c/Cheves Hernán s/Daños y Perjuicios?; Causa N°55314 ¿Orradre Oscar A.c/ Reble Luis Omar y

Ots. s/ Dñs. Pjs., del 20/10/11). 2- a) El siguiente agravio se refiere a la cuantificación de los montos indemnizatorios, tanto en lo referente a la incapacidad parcial permanente (daño físico patrimonial) como al daño moral del menor. Previo a abordar este punto cabe recordar, en lo que se refiere a la eficacia temporal de la nueva ley y como se ha venido haciendo en fallos dictados a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (leyes 26.994 y 27.077), ocurrida el 1° de agosto de 2015, que en los procesos de daños y perjuicios, las cuestiones atinentes a la configuración del daño y a la existencia de responsabilidad civil quedan atrapadas por la ley vigente al momento del hecho dañoso, pues son relaciones jurídicas ya agotadas; en cambio, las cuestiones atinentes, entre otras, a la cuantificación de los daños, por tratarse de consecuencias no agotadas de relaciones jurídicas preexistentes (art. 7°CCCN), deberán ser juzgadas por las nuevas normas. En este sentido, el art. 1746 CCCN ha fijado nuevas preceptivas para la cuantificación del monto de los daños físicos por incapacidad permanente, sea total o parcial. Acerca de este tópico esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse manifestando que el art 7 C.C.C.N. -sustancialmente análogo al art. 3 CC, según la modificación del año 1968- dispone que la ley nueva se aplica (¿aún?, decía el texto anterior) a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Se trata de una de las reglas contenidas en ese precepto: la aplicación inmediata de la nueva ley (Borda, Guillermo, ¿La Reforma de 1968 al Código Civil?, Bs. As., Ed. Perrot, p. 41; Moisset de Espanés, Luis, ¿La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3° del Código Civil (¿Derecho Transitorio?), ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, pág. 41; Kemelmajer de Carlucci, Aída, ¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015; pág. 18). Borda distinguía conceptualmente la relación de la situación jurídica. ¿Relación jurídica -decía- es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable, las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos... (Borda, Guillermo, ¿La Reforma de 1968 al Código Civil?, Bs. As., Ed. Perrot, p. 41). Empero y como lo propone Moisset de Espanés, por razones de practicidad y economía conviene utilizar ambos términos de manera indistinta y como sinónimos (Moisset de Espanés, Luis, ¿El daño moral (arts. 522 y 1078) y la irretroactividad de la ley (art.3)?, J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-352, nota 16 y ob. cit., ¿La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3° del Código Civil?, pág. 41, nota 17). Ahora bien, una de las primeras reglas de interpretación del actual art. 7° CCCN consiste en distinguir los ¿hechos constitutivos? de la relación jurídica, de sus consecuencias, derivaciones o efectos. Las relaciones jurídicas nacen, se modifican o se extinguen en virtud de hechos a los que la ley le asigna efectos generadores o constitutivos; esos ¿hechos constitutivos? (comprendidos de los hechos modificatorios y extintivos, tal como también lo enseña Moisset de Espanés) se rigen y son juzgados por la ley vigente al momento de producirse. En cambio los efectos o consecuencias de las relaciones jurídicas constituidas bajo la ley anterior se rigen de inmediato por la nueva ley (Moisset de Espanés, Luis, ¿El daño moral (arts. 522 y 1078)? y ¿La irretroactividad de la ley (art. 3)?, cit., J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-355). Esta opinión también es compartida por Kemelmajer de Carlucci quién afirma que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes? cit., pág. 100). el art 7° del nuevo Código Civil y Comercial dispone que este proceso se debe resolver en base a las normas sustanciales vigentes al momento de producirse el hecho dañoso.... En suma: las consecuencias de la relación jurídica deben ser diferenciadas: las ya consumidas, agotadas o producidas, es decir las que ya concluyeron sus efectos, quedan en la órbita de la ley anterior (vgr. el daño que se consolidó antes de la entrada en vigencia); en cambio las consecuencias que no son instantáneas sino que se prolongan en el tiempo quedan alcanzadas por el nuevo Código. A modo de ejemplo las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño se trata de consecuencias no agotadas, que como los intereses que se devenguen a partir de su entrada en vigencia quedan en la esfera de la ley nueva (arts. 1745, 1746, 1747, 1748 y concs. C.C.C.N.) (Borda, Guillermo, ¿La Reforma de 1968 al Código Civil? cit., pág. 54, n° 27; en el mismo sentido: Dell' Orefice, Carolina - Prat, Hernán, ¿La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio?, RCCyC, Julio 2015, pág. 19).....Igualmente debe acudirse a otra importante regla interpretativa: el nuevo CCCN es invocable, en todos los casos, como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa, es decir que las normas actuales constituyen valiosas herramientas de interpretación incluso del Código Civil derogado (conf. para otro supuesto Moisset de Espanés - Tinti, Guillermo P., ¿El artículo agregado a la fianza en las locaciones. Primera aproximación?, Zeus, T. 90, D-141)...? Los criterios interpretativos expuestos son lo que han de regir el juzgamiento del ¿presente caso?, conforme lo prevé el art 1° CCCN (arts. 2 y 3 CCCN) (esta Sala, ¿D. B...., Causas 56.441 y 56.571, sent. única del 5/9/201). En suma: la cuestión de los rubros indemnizatorios admisibles está estrechamente ligada a la admisión del daño y sus caracteres, y como tal, ha quedado fijada por la ley vigente al tiempo de ocurrir el hecho dañoso, puesto que los daños fueron instantáneos y se agotaron en el tiempo -incluso con secuelas definitivas-con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo C.C.C.N. el 1° de agosto de 2015. Distinta situación se presenta en lo relativo a la cuantificación de ese daño, o sea a la fijación de los montos indemnizatorios, los que por aplicación del principio de reparación integral al que me referiré en el Considerando V, deben cuantificarse en valores al tiempo más próximo que sea posible a la sentencia y con aplicación de las nuevas normas que

regulan aún las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes? (art. 7, párr. primero, C.C. y C. N., ley 26.994 modif. por ley 27.077); (esta Sala, "Díaz...", sent. del 15/11/2015, C. 60.041; "Genta...", sent. del 29/12/15, Causa 60.135). Por ello las pautas interpretativas mencionadas por el apelante en su expresión de agravios no resultan necesariamente aplicables al caso ni vinculantes, en tanto la nueva normativa legal citada (arts. 7° y 1746 y concs. C.C.C.N.) ha venido a modificar los métodos y parámetros legales de cuantificación del daño, requiriendo la fijación de una suma que actúe como "capital" productor de una renta que cubra la disminución de ingresos del damnificado en su aptitud productiva y que se agote al final de su vida laboral útil; sin por ello dejarse de lado las facultades morigeradoras (art. 1742 CCCN) correctivas que al juez le asisten por aplicación de las reglas de la sana crítica, cuando la aplicación de fórmulas matemáticas conduzca a resultados reñidos con la realidad, lo cual puede ocurrir según las variables del caso concreto que se utilicen en la aplicación de las citadas fórmulas, trátense de las denominadas "Méndez" o "Vuotto" (por los fallos de los que provienen en el ámbito laboral) o de la más reciente denominada "Aciarri" (por quien la formulara), que es la que hasta el momento viene utilizando esta Sala (ver Causa N°60.135 "Genta..." del 29/12/2015, Causa N° 60094, "Brut...", y Causa N° 60041 "Díaz..." sent. ambas del 15/11/2015). c) Debe aclararse que no incurrió en plus petición el accionante, sino que al momento de promoverse la demanda, el porcentual de incapacidad parcial era muy superior, el cual, afortunadamente para la salud del menor, luego por efecto de los sucesivos tratamientos e intervenciones quirúrgicas redundó en que al momento de la ampliación de la pericia médica (el 15/10/2010), ese porcentual de incapacidad parcial se había reducido al 32,32% al momento de la pericia médica (fs.190/191 vta.) y fue estimado en la sentencia en un 22,17%, el que ha quedado firme y consentido por la parte actora. Lo cual no quita que a futuro y por nuevas intervenciones pudiera disminuirse dicho porcentual, (según la evolución del menor hasta los 16-18 años), pero ello irrogaría nuevos gastos de tratamientos y nuevas molestias y sufrimientos, que no pueden preverse; por lo que a la fecha de esta sentencia ese porcentual de incapacidad parcial del 22.17%, queda consolidado como permanente a los fines indemnizatorios. Una cuestión que en el caso de autos resulta de suma importancia, tanto para la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad parcial y permanente (manteniendo la clásica distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial o consecuencias no patrimoniales (art. 1741 CCCN), es la corta edad del menor al momento del accidente. Resulta sumamente difícil evaluar cuál es la incidencia real de esa incapacidad parcial y permanente en un niño que no ha desarrollado aún sus capacidades futuras tanto laborales como aptitudes para la vida social y de relación, ni ha desarrollado su personalidad y por ende no puede juzgarse cómo el accidente ha hecho mella tanto en su capacidad laborativa como en su formación futura y menos aún el desempeño social, afectivo y familiar. Dado la corta edad, sin duda alguna el accidente ha marcado su personalidad, el desarrollo de futuras capacidades y aptitudes y ha limitado las posibilidades de su proyecto vital, ya que la lesión en la rodilla le ha impedido y le impedirá no sólo determinados juegos de niño (fútbol, el más clásico), sino aptitudes deportivas y profesionales. Nadie puede decir si este niño hubiera sido un brillante deportista, corredor, nadador, futbolista, basquetbolista, o si por el contrario le hubieran atraído los libros y la vida de investigación, para lo cual la lesión no hubiera tenido relevancia. Es por ello difícil evaluar, a la hora de aplicar fórmulas matemáticas, cuál utilizar y que datos cargar a dicha fórmula; es justo presumir que hubiera tenido un salario mínimo de empleado de comercio, como lo hace el juez de la instancia de origen? Se trata en realidad de evaluar el daño al proyecto vital, el que subsumido en el daño o consecuencias no patrimoniales, debe ser resarcido, sin perder por ello de vista la incidencia de la incapacidad futura en la faz patrimonial. En el rubro daño patrimonial por incapacidad parcial y permanente, debo destacar que los accionantes no han cuestionado la fórmula y los datos utilizados, ni tampoco lo ha hecho el apelante, que se limitó a considerar que eran altos por comparación con otras sentencias de este mismo tribunal pero en años anteriores (vgr.2012) o en circunstancias fácticas totalmente distintas y por ende no aplicables al caso, O sea, que no se cuestiona la aplicación de la fórmula elegida ni la metodología empleada (art. 1746 CCCN), sino que el resultado de las mismas le resulta alto, sin efectuar tanto una crítica concreta y razonada del fallo en los términos del art. 260 C.P.C.C. Es por ello que, ante la conformidad expresa de los accionantes y la falta de una crítica concreta de los fundamentos del fallo atacado-en este aspecto de la cuantificación- y encontrándose cumplido por el sentenciante de origen el nuevo precepto legal (art. 1746) al expresar la utilización de la fórmula "Vuotto" y los parámetros de edad y salario presunto, los que no han sido objeto de refutación por el apelante, considero razonable y equitativo el monto al que se arribara y propiciaré su confirmación, dado la forma de apelación (arts.1737, 1738, 1746 y concs C.C.C.N.). De igual manera que el rubro "daño moral", considerando los informes médicos y psicológicos y el daño a su proyecto vida a que me he referido, estimo -dado la forma de apelación- que corresponde su confirmación (arts.1078 C.C. y 1741 C.C.C.N.) 3- Llegamos así al tercer agravio- o subitem dentro de la queja sobre montos indemnizatorios, que es la declaración de inconstitucionalidad- para el caso concreto- del art. 1078 Código Civil. Pues bien, la admisión en sí del daño moral para los padres debe juzgarse por la norma vigente al momento del hecho dañoso (art. 7° C.C.C.N.); pero no puede soslayarse ni la anterior jurisprudencia -inclusive de esta Cámara- que adhirió a la doctrina y jurisprudencia que propugnaba dicha declaración de inconstitucionalidad, ni el hecho cierto que las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial

de la Nación han introducido en este aspecto, admitiendo la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar el daño moral (art.1741 C.C.C.N.). Se ha dicho antes que las nuevas normas deben servir y de hecho están siendo utilizadas como valiosos criterios interpretativos de lo que era doctrina imperante-aunque no fuese unánime como en el sub caso-. Es por ello que, considerando en la especie particular el innegable sufrimiento configurativo de daño moral que para los padres debe haber significado el hecho dañoso sufrido por su pequeño hijo, el impacto sobre la vida familiar y la atención de los restantes hijos, la necesidad de atender primordialmente las continuas y prolongadas internaciones del pequeño A., todo ello configura un plexo de sufrimientos suficientemente importante y profundo como para reconocerle autonomía al daño moral de los progenitores por encontrar probado el daño extrapatrimonial de éstos y confirmar -en el caso concreto- la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 Cod. Civil, en cuanto vedaba el reclamo de daño moral a los padres de la víctima que no había fallecido en el hecho dañoso; esto es, a los denominados "damnificados indirectos". En el caso considero configurado un daño moral propio y personal por las contingencias vividas y los efectos devastadores que sobre su vida personal y familiar ocasionó y ocasionará aun sin duda alguna, el accidente sufrido por el menor A. Q., respecto de sus padres. En el presente caso, sin perjuicio de la ampliación de la legitimación activa que establece el art. 1740 C.C.C.N., resulta plenamente aplicable la jurisprudencia elaborada en torno al art. 1078 Cód. Civil que puede resumirse en el caso así: "El art 1078 Código Civil es la norma específica que regula el daño moral extracontractual y contempla una legitimación reducida: sólo al damnificado directo y a los damnificados indirectos únicamente en caso de fallecimiento otorgándose a los herederos forzosos...La vía idónea para remover el obstáculo legal que representa la restricción del art, 1078 Cód. Civ. es la declaración de inconstitucionalidad. La norma injusta resulta inaplicable por ser inconstitucional, es decir incompatible con la Carta Magna. No puede afirmarse que el art 1078 sea siempre, genérica y anticipadamente inconstitucional por limitar la legitimación activa; en cambio, siempre es inconstitucional en supuestos puntuales y puede ser inconstitucional en determinados casos, en los que deberá probarse la existencia y entidad del daño. ... Puede afirmarse que el art 1078 siempre es inconstitucional, en supuestos puntuales, cuando excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es evidente, notoria y presumible: el caso de los padres o de los hijos por los daños físicos y psíquicos gravemente incapacitantes de sus descendientes o de sus progenitores, la muerte o gran discapacidad de los convivientes en supuestos equiparables al matrimonio. En estos ejemplos media presunción de inconstitucionalidad por la notoriedad del daño presumido (vgr la inmensidad del dolor del padre por la discapacidad del hijo que sobrevive). El art 1078 puede resultar inconstitucional (no siempre lo es) en ciertos casos, en los que la víctima - en función de la gravedad y entidad del daño de otras circunstancias particulares- alegue y acredite la existencia y procedencia de la afección extrapatrimonial, demostrando concreta y categóricamente el agravio constitucional que resulta de la exclusión legitimatoria ...Adherimos a la solución del fallo en comentario (C.N.A.C. Sala K, del 11/11/2013, ?G.P., G.R. c/ Casa Blada SACAI E I. s/ Daños y Perjuicios?), en que los padres están siempre legitimados para reclamar daño moral por la grave discapacidad del hijo que sobrevivió y, en el caso resuelto y por las razones que ponderó (edad de las víctimas, relación entre las niñas, significación de su fallecimiento, etc.) la hermana por el fallecimiento de su hermana, pero por la vía de la declaración de inconstitucionalidad del art 1078? (Galdós Jorge Mario. ?La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente?,pub.:RCyS2014-V, 95- LJU, Cita Online AR/DOC/1173/2014). En este sentido y en precedente que cita el ?a quo? (fs.371 vta.), esta Sala ha resuelto con voto del Dr. Galdós que ?No puede afirmarse ?in abstracto? que el art.1078 del Cód.Civ., en cuanto impide al damnificado indirecto reclamar el daño extrapatrimonial resulta siempre inconstitucional, sino que, para ello, es preciso ponderar -en cada caso- las distintas situaciones del damnificado y las concretas circunstancias de la causa confrontándolas con la Constitución Nacional? ... ?Resulta inconstitucional el art. 1078 del Cód. Civ. en cuanto otorga legitimación para reclamar el daño moral al damnificado directo -y, en caso de fallecimiento del titular, únicamente? a los ?herederos forzosos?-, pues que tal impedimento constituye una arbitraria e injustificada discriminación que veda (en el caso concreto respecto a la madre y al hermano de las víctimas de abusos sexuales) el acceso a la reparación plena e integral, vulnerando de ese modo el principio del ?alterum non laedere?. (esta Sala Causa 54.544, ?A.M.A. c/ F.N.R. s/ Daños y Perjuicios?, sent. del 10/03/11). Por todo lo expuesto, propicio al Acuerdo declarar la deserción del recurso de apelación de la parte actora de fs.382 y la confirmación de la resolución apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio (arg.: arts. 7º, 1746 y conchs del C.C.C.N.; art. 1113 y conchs. del Código Civil), imponiéndose las costas de la Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 Dec.Ley 8904/77). Así lo voto. A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores PERALTA REYES y GALDÓS, por los mismos fundamentos, votaron en igual sentido. A LA TERCERA CUESTIÓN, la Señora Juez Doctora LONGOBARDI dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestiones anteriores, corresponde: 1º) Decretar la deserción del recurso de apelación de la parte actora de fs.382, 2º) Confirmar la resolución apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio (arg.: arts. 7º, 1746 y conchs del C.C.C.N.; art. 1113 y conchs. del Código Civil), 3º) Imponer las costas de la Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 CPCC), 4º) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31

Dec.Ley 8904/77). Así lo voto. A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores PERALTA REYES y GALDÓS, por los mismos fundamentos, votaron en igual sentido. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Azul, ...de Febrero de 2016. AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., SE RESUELVE: 1°) Decrétase la deserción del recurso de apelación de la parte actora de fs.382. 2°) Confírmase -por los fundamentos dados- la sentencia recurrida. 3°) Impónense las costas de Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 del CPCC). 4°) Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 Dec.-Ley 8904/77). Regístrese, NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase.- 007271E