

## Accidente De Transito Choque Contra Un Arbol Perdida De Control Del Vehiculo

### JURISPRUDENCIA

### Accidente de tránsito. Choque contra un árbol. Pérdida de control del

vehículo Se confirma la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda intentada contra la Municipalidad, y se hace lugar a la acción intentada como consecuencia de los daños derivados de un accidente ocurrido al colisionar un automóvil contra un árbol, en el que falleciera un joven que viajaba como acompañante, atribuyendo en forma exclusiva la responsabilidad al accionar culposo del conductor del rodado.

En la ciudad de Bahía Blanca, a los 29 días del mes de agosto de 2017, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Guillermo Ribichini y Marcelo O. Restivo, para dictar sentencia única en los autos caratulados: "BANEK ARTURO C/ MUNICIPALIDAD DE BAHIA BLANCA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y "KAPUSTA ADOLFO J. Y OTRA C/ BANEK ARTURO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (USO DE AUTOMOTOR C/ LESIONES O MUERTE", expedientes nros. 147844 y 147843, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Restivo y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia única dictada? 2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTIÓN EL Sr. JUEZ DOCTOR RESTIVO DIJO: I.-

Antecedentes autos: "Banek Arturo c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ Daños y perjuicios" expte. nro. 147844.- a.-) A fs. 25 (28/04/2004), se presenta Arturo Banek por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad B. A. B., demandando a la Municipalidad de Bahía Blanca, expediente que radica ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Com. nro. Cinco Departamental. Indica que B. se accidentó gravemente la madrugada del 28 de abril de 2002, al impactar con su vehículo contra un árbol en calle Urquiza nro. ... de esta ciudad. Afirmo que en el siniestro falleció otro menor, y que su hijo sufrió gravísimas lesiones a consecuencia del impacto. Informa que B. fue trasladado -luego de las primeras atenciones- al instituto FLENI, haciendo mención al costo del tratamiento. Sostiene que el siniestro base del proceso, en el que se generaran las lesiones que sufre su hijo, ocurrió por plena responsabilidad de la accionada, quien colocó una "barra de plástico de más de diez centímetros de altura de manera discontinua a lo largo de calle Urquiza". Fija los rubros indemnizatorios reclamados: 1.-) Por su propio derecho (valor venal del rodado y gastos médicos afrontados), y 2.-) En representación de su hijo menor (daño moral, pérdida de chance, daño psicológico). Solicita beneficio de litigar sin gastos y ofrece prueba.- b.-) A fs. 83 (21/12/2007), toma intervención B. A. B. por su propio derecho, con nuevo patrocinio letrado, ampliando y modificando la demanda. Relata con mayor precisión los hechos ocurridos y la responsabilidad que le reprocha a la accionada. Afirmo que conducía el automotor Fiat Palio dominio ... por calle Urquiza (con dirección desde el Parque de Mayo hacia calle Sarmiento), y que al llegar al cruce con calle Salta, luego de sobrepasar los divisores de la calzada, explota uno de los neumáticos del rodado, lo que provocó la pérdida de su control, colisionando contra un árbol ubicado sobre la acera de los números pares de calle Urquiza. Sostiene a renglón siguiente que en realidad la mecánica del hecho se da al ser desestabilizado el rodado que conducía, a consecuencia de las bandas plásticas refractantes que delimitan los carriles de circulación, situación que generó el derrape en forma lateral, golpeando contra el cordón de la vereda, ascendiendo a la misma e incrustándose contra un árbol. Nuevamente - al tratar la responsabilidad de la demandada- indica como ocurrió el siniestro, sosteniendo que al tomar contacto (el rodado) con los divisores de circulación, el neumático delantero derecho explota, provocando la pérdida del control del rodado y la producción del siniestro. Achaca responsabilidad exclusiva a la Municipalidad demandada, como dueña y/o colocadora y/o autorizante a colocar los divisores plásticos, siendo los mismos los causantes del siniestro. Amplía el reclamo de daños, requiriendo reparación por incapacidad física; gastos por tratamiento médico, internación e intervenciones quirúrgicas; chance de progreso; daño psicológico y daño moral. Practica luego liquidación y amplía la prueba ofrecida.- c.-) Amplía nuevamente la prueba ofrecida a fs. 105 y 107.- d.-) A fs. 114 toma intervención la accionada, contestando la demanda. Realiza una pormenorizada negativa de los hechos, dando su versión sobre lo ocurrido. Sostiene que B. A. B. es el único responsable del siniestro analizado, que aquel conducía a exceso de velocidad y sin habilitación para manejar, por lo que de haber circulado con prudencia y a velocidad permitida, los divisores del carril de ninguna manera hubieran actuado como desestabilizantes del rodado. Indica que existió culpa exclusiva de la víctima, lo que se erige como la única causa adecuada del siniestro. Impugna la liquidación y ofrece prueba.- e.-) A fs. 124 se abre el proceso a prueba y se proveen las ofrecidas por las partes f.-) A fs. 432 el proceso se radica ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. Ocho de este Departamento Judicial, acumulándose a los autos: "Kapusta Adolfo Julio y otra c/ Banek Arturo y otros s/ Daños y perjuicios", disponiéndose el dictado de sentencia única.- g.-) Se otorga a fs. 456 el beneficio de litigar sin

gastos al actor B. [A.] B.- h.-) A fs. 445 se certifica sobre el vencimiento del término por el que el proceso se abriera a prueba, indicándose la que se encontraba pendiente de producción, decretándose la negligencia de la misma a fs. 462 y dictándose en consecuencia sentencia a fs. 493/498.- II.- Antecedentes autos: "Kapusta Adolfo J. y otra c/ Banek Arturo y otros. s / Daños y perjuicios" expte. nro. 147843.- a.-) A fs.49 (05/04/2005), se presentan Adolfo Julio Kapusta y Esther Amalia Stremel, promoviendo demanda de daños y perjuicios contra Arturo Banek (en su doble carácter de progenitor de B. A. B. y titular registral del rodado dominio ...), B. A. B. y la municipalidad de Bahía Blanca. Sostienen que el día 28 de abril de 2002, siendo aproximadamente las 6:50 hs., B. A. B. conducía el rodado Palio patente ..., por calle Urquiza de nuestra ciudad, en compañía del hijo de los recurrentes -N. K.- y la Srta. Carla Sabrina Acosta. Indican que al llegar a la intersección de calle Salta y luego de sobrepasar los divisores de la calzada, B. perdió el control del rodado y colisionó contra un árbol ubicado en la acera de los números pares, perdiendo la vida el hijo de los actores a consecuencia del impacto. Afirman que la arteria cuenta con una importante curva en "S" en el lugar del hecho, encontrándose ambos carriles de circulación delimitados por una banda plástica refractante de 10 cm. de altura aproximadamente, lo que coadyuvó a desestabilizar el automotor y motivó el derrape en forma lateral, golpeando contra el cordón de la acera, ascendiendo a la misma, para luego impactar en primer término contra un árbol de pequeñas dimensiones que es seccionado, terminando contra otro de gran porte. Endilgan la responsabilidad del siniestro a: a.-) B. [A.] B., en su carácter de conductor del rodado (art. 1109 CC).- ; b.-) A Arturo Banek, en su doble carácter de padre de B. conforme el art. 1114 del CC, al sostener que conforme sentencia de fecha 09/09/1997 del Tribunal de Familia de Bahía Blanca, la tenencia del menor era detenida por este, quien ejercía la patria potestad y cohabitaba con su hijo. Asimismo lo indican como titular registral del automotor Fiat Palio dominio ..., debiendo responder en consecuencia por los daños derivados del siniestro, con base en el art. 1113 CC.- y c.-) La Municipalidad de Bahía Blanca, atento que las calles son bienes públicos del estado Municipal y fue esta quien colocó los separadores de carriles que -sostienen- se convirtieron en causantes o concausantes del siniestro. Indican que el paso del rodado por sobre la banda divisoria de los carriles de circulación, provocó la explosión de la cubierta delantera derecha del Fiat y su posterior descontrol. Requieren ser indemnizados por gastos de sepelio, frustración de chance y daño moral, fundando en derecho su reclamo y ofreciendo prueba. Solicitan ampliar, respecto de B. A. B., el incidente de beneficio de lit. sin gastos oportunamente deducido. b.-) Los mismos actores, por expediente separado iniciaron un proceso de beneficio de litigar sin gastos ("Kapusta Adolfo Julio y otra c/ Banek Arturo y otros s/ Ben. de lit. sin gastos", expte. nro. 40058, que tramitara ante el Juz. de Primera Instancia en lo Civil y Com. nro. Ocho Departamental), el que dirigieron contra Arturo Banek, Lina Amalia Themtahn, Damián Banek y la Municipalidad de Bahía Blanca. En dicho proceso se desistió oportunamente (fs. 44) de la acción contra Damián Banek, llegándose a sentencia en fecha 22/09/2004 (fs. 62/63), concediéndose el beneficio peticionado.- c.-) Contesta la demanda la Municipalidad de Bahía Blanca a fs. 73/77. Niega la responsabilidad que se le achaca, sosteniendo que el siniestro tuvo su causa exclusiva en la excesiva velocidad e imprudencia manifiesta del conductor del rodado, el codemandado B. [A.] B., por lo que cualquier responsabilidad de su parte cede ante el hecho del tercero por el que no debe responder. Impugna la liquidación practicada por los actores y ofrece prueba. d.-) A fs. 93/94 toma intervención Arturo Banek en representación de su hijo B. A. B., interponiendo excepción de prescripción y requiriendo el rechazo de la demanda contra B.. e.-) Nuevamente a fs. 97/101 se presenta Arturo Banek, contestando la demanda incoada en su contra. Oponer excepción de falta de legitimación pasiva. Reconoce que por sentencia judicial era él quien ejercía la tenencia de B., pero sostiene que desde un año antes a ocurrido el siniestro no convivía con el menor, quien vivía con su madre, por lo que el joven no se encontraba a su cuidado. Por otra parte niega ser titular registral del rodado con el que se generó el siniestro. Ofrece prueba y da su versión de los hechos, entendiendo que la responsabilidad que deriva del siniestro es exclusiva de la Municipalidad de Bahía Blanca, por daños causados por cosas inanimadas (las barreras plásticas colocadas sobre calle Urquiza), solicitando el rechazo de la acción interpuesta en su contra.- f.-) Toma intervención contestando demanda a fs. 109/115 la Sra. Themtam, por sí y en representación de su hijo menor B. [A.] B.. Reconoce que no fue demandada en el proceso. Analiza la responsabilidad de quien fuera su cónyuge -padre del menor B.-, sosteniendo que al momento del siniestro, Arturo Banek detentaba la tenencia del menor y ejercía la patria potestad del mismo. Refiere que la tenencia de B. le fue otorgada judicialmente a su padre por sentencia recaída en el expte. nro. 192 que tramitara ante el Tribunal de Familia de nuestra ciudad. Afirma que el día del accidente el menor se encontraba al cuidado de su progenitor, "pues ese día estaba con él". Oponer también, la prescripción de la acción interpuesta contra B., al iniciarse la demanda luego de dos años de ocurrido el siniestro y no haberse interrumpido la acción con el proceso de beneficio de lit. sin gastos, el que no se dirigió contra su hijo. Realiza una negativa y reconocimiento de los hechos expuestos en demanda, sosteniendo que la responsabilidad derivada del accidente es exclusiva del Municipio codemandado, al ser los divisores plásticos colocados sobre calle Urquiza, los que provocaron la pérdida de control del rodado y la producción del siniestro en consecuencia. Ofrece prueba y requiere el rechazo de la acción intentada.- g.-) A fs. 131/132 se resuelve diferir el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva de

Arturo Banek para el momento de dictado de sentencia y hacer lugar a la excepción de prescripción respecto de B. [A.] B., no siendo en consecuencia necesaria la participación de la madre del menor -Lina A. Themtham- al no haber sido demandada personalmente.

h.-) Se abrió la causa a prueba a fs. 168/169 y se proveyó la ofrecida por las partes.- i.-) a fs. 744 se dispuso la acumulación del expediente con el caratulado "Banek Arturo c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ Daños y perjuicios", disponiéndose el dictado de sentencia única. j.-) Se certificó el vencimiento del período probatorio a fs. 756, indicándose la prueba pendiente de producción, la que se tuvo por desistida a fs. 772, decretándose la negligencia de Arturo Banek en la producción de la prueba instrumental pendiente, lo que generó el llamamiento de autos para sentencia, habiéndose dictado la misma a fs. 815/820.- III.- La sentencia dictada a.-) El Juez de grado trata en primer término la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el demandado Arturo Banek. Sostiene que de la prueba producida, el menor, vivía con su madre a la fecha del siniestro, por lo que estaba a su cuidado. En tal sentido, entiende configurada la situación prevista en la última parte del art. 1114 del CC, receptando la excepción en tal sentido. También trata la excepción con base en la no titularidad del rodado, la que acoge favorablemente al entender que el automotor se encontraba bajo la guarda del hermano del accionado a la fecha del siniestro y la titularidad del mismo le correspondía a una tercera persona. b) En segundo término analiza el hecho ocurrido y la responsabilidad que emerge del mismo. Valora la falta de carnet habilitante para conducir del menor B. B. la declaración de la testigo Acosta y las pericias accidentológica (causa penal) y mecánica realizadas, de las que surge el tipo de curva existente en el lugar en el que ocurre el siniestro, la existencia de la barra plástica refractante, la velocidad del rodado y la permitida, y la probable mecánica del hecho. Sostiene en consecuencia que la causa del siniestro fue la excesiva velocidad a la que circulaba el rodado y la inexperiencia de su conductor, lo que llevó a que el vehículo descarrile, se cruce de carril, tome contacto con los plásticos divisores lo que hace que por la velocidad se desestabilice y termine impactando contra un árbol. Desestima por lo tanto la incidencia causal que se le pretendió dar a las barras plásticas ubicadas sobre calle Urquiza, las que -indica- son solo una condición en la producción de los daños. En consecuencia, atribuye en forma exclusiva la responsabilidad por los daños derivados del siniestro, al accionar culposo del conductor del rodado, el menor B. A. B. (art. 1109 CC), rechazando las demandas, imponiendo las costas a los actores vencidos y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.- IV.- Los recursos Se alzan contra dicha resolución los actores: a) Adolfo Julio Kapusta y Esther Amalia Estremel.- y b) B. A. B.. Expresan agravios a fs. 875/881 y 887/891 respectivamente (ambos en el expte. 147843), los que no fueron contestados. a.-) Agravios Kapusta-Estremel: Requieren la revocación de la sentencia, sosteniendo en primer lugar la responsabilidad del coaccionado Arturo Banek. Entienden que se dan los presupuestos de la responsabilidad indirecta del padre del conductor del rodado: Minoridad de B., ejercicio de la patria potestad, tenencia en cabeza del accionado y cohabitación entre ellos (art. 1114 CC). Recapitulan sobre la actividad desplegada por el Sr. Arturo Banek en representación de su hijo menor; valoran los dichos de la madre de B. -quien afirma que el joven vivía con su padre a la fecha del siniestro-, y critican la valoración dada a las declaraciones testimoniales de Martín (fs. 390.-) y Alejandro (fs. 391.-), las que sostienen debieron ser desechadas.- También se agravan del rechazo de demanda contra la Municipalidad de Bahía Blanca. Indican que se ha demostrado la rotura de un neumático del rodado en cuestión, al tomar contacto con las barras plásticas divisoras de calzada -las que se encontraban en mal estado de conservación-, por lo que sostienen que dichas barras plásticas tuvieron una incidencia fundamental en el desarrollo del siniestro, al desestabilizar y hacer explotar una cubierta, lo que sumado a la velocidad del vehículo causó los daños. Afirman luego que la desestabilización no se debió a la velocidad del rodado ni a la inidoneidad conductiva del menor, sino a la explosión del neumático, generado por el separador roto. Concluyen que en la combinación de velocidad y divisor de carril roto que daña el neumático, se encuentra la causa de los daños producidos, requiriendo una justa distribución de incidencias entre el obrar del menor B. y la Municipalidad. Por último sostienen que se ha omitido -al imponer las costas- hacer mención al beneficio de litigar sin gastos que oportunamente se les concediera.- b.-) Agravios de B. A. B.: No le satisface el tratamiento causal dado en la sentencia a los hechos alegados y probados. Indica que se acreditó la rotura del neumático trasero izquierdo del automóvil al tomar contacto con los divisores. Afirma que ellos no fueron una condición más, sino la causa adecuada del siniestro. Sostiene que fueron equivocadamente valoradas tanto la declaración de la testigo Acosta, como las pericias accidentológica y mecánica, siendo infundado el alejamiento de sus conclusiones, el que resulta injustificado. Entiende que los expertos concluyeron que los divisores de carril se comportaron como desestabilizantes, actuando como causa adecuada del accidente, debiéndose meritar el mal estado de conservación de los mismos, lo que provocó la explosión del neumático. Solicita en consecuencia la revocación de la sentencia.- V.- Ley aplicable El presente se juzgará conforme la normativa vigente al momento de ocurrido el siniestro, por lo que se aplicará el Código Civil y no el Código Civil y Comercial de la Nación, atento lo normado por el art. 7 de dicho cuerpo legal.- VI.- Análisis de agravios En primer término analizaré los agravios comunes, en relación a la responsabilidad derivada del siniestro, para luego dar tratamiento al agravio referido a la responsabilidad del codemandado Arturo Banek. VI.- A.- Responsabilidad de la Municipalidad de Bahía Blanca.- Adelanto que propiciaré mantener el rechazo de las demandas intentadas

contra la Municipalidad de Bahía Blanca. a.-) Siguiendo el trabajo del Dr. Jorge A. Mayo "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", en Código Civil Bueres-Highton, tomo III A, pag. 626 y sig., edit. Hammurabi, puedo sostener que las cosas inertes son las inactivas, que por su naturaleza están destinadas a permanecer quietas. Ello implica que "la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento .... incumbe (a la víctima) demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando, cuando se trate de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio" CSJN 19/11/1991 "O'Mill c. Prov. de Neuquén", Fallos 314:1505. Obvio es en consecuencia, que el tratamiento se desplaza al plano causal, pero siendo la regla que en atención a lo dispuesto por el art. 1113, 2da. Parte, 2do. párrafo la víctima no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa, bastándole con acreditar el daño y el contacto con la cosa riesgosa, no podemos sostener lo mismo en situaciones en que intervienen cosas inertes, recayendo sobre la víctima la carga de la prueba del comportamiento o posición anormal de la cosa, aunque en definitiva se aplique la misma disposición legal. En tal sentido, sabemos que la conexión causal es adecuada cuando vincula un hecho antecedente con uno consecuente, debiendo el primero tener la capacidad suficiente para producir normalmente al segundo, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, lo que nos obliga a analizar la situación desde un plano estadístico. Analizado el hecho ex post facto, en abstracto y conforme las reglas de la probabilidad, se podrá determinar qué acción u omisión (condiciones previas) fue la idónea para producir el resultado de manera regular y normal, y recién entonces fijar la causa adecuada del evento que generó daños (arts. 901 y sig. CC). En suma, debemos determinar cómo se produjo el suceso y la idoneidad de la cosa para provocarlo de forma normal y/o regular, fijando la participación de la misma en el resultado no deseado. b.-) En realidad, lo que interesa destacar, es que no se ha demostrado que el automotor Fiat Palio, haya tomado contacto con la banda plástica refractaria, utilizada como separador (cosa inerte). No existe ninguna prueba concreta que puede hacernos pensar que el rodado se desestabilizó "luego" de "chocar" contra dicho separador. Las pericias solo lo presumen, sin ningún apoyo científico al respecto, no existiendo prueba alguna que nos permita inferir que el rodado conducido por B. A. B. invadió el carril contrario a su circulación y por lo tanto golpeó contra los plásticos divisores. No se brindaron las más mínimas explicaciones de las operaciones técnicas realizadas y/o de los principios científicos en que fundaron sus opiniones (art. 472 CPCC), no pudiendo otorgar en tal sentido valor probatorio alguno a dichas conclusiones, conforme lo dispone el art. 474 del CPCC. Por otra parte, del croquis obrante a fs. 40 de la causa penal agregada por cuerda, se puede apreciar, que las huellas difusas son ubicadas -en forma exclusiva- sobre el carril de marcha del rodado Fiat Palio y sobre la acera de calle Urquiza, a la que el automotor subió, pero no hay registro y/o marca alguna sobre el carril contrario o sobre la banda plástica refractaria. Asimismo, la única testigo del hecho, la Srta. Acosta, sostiene a fs. 720 que cuando iba a doblar (el automotor), sintió una explosión, no sabiendo si fue un neumático (respuesta a la pregunta octava), de lo que podríamos presumir que el daño al neumático fue anterior a la maniobra que realiza el joven B. , intentando doblar el rodado y no luego de doblar, alcanzando el separador plástico refractario (art. 384 CPCC). c.-) Por otra parte, y si supusiéramos que el automotor impactó contra el plástico separador refractario invadiendo luego el carril contrario de circulación, para después volver a su carril, encontramos que surgen -de la exposición de hechos realizadas y de las probanzas rendidas-, divergencias en relación al neumático que supuestamente estalló previo a que el rodado detuviera su marcha contra el árbol. El propio B. sostiene a fs. 84 que fue el neumático delantero derecho el que reventó luego de tocar la banda plástica refractaria (lo que implicaría que invadió con casi la mitad del rodado que conducía, el carril contrario de circulación), pero la pericia mecánica obrante a fs. 730 indica que "muy presumiblemente" la avería del neumático trasero izquierdo fue consecuencia de haber tomado contacto con el separador (entiendo, una vez que intentó girar para retornar a su carril de circulación). Por otra parte, la pericia accidentológica realizada en sede penal, nada indica sobre la posible explosión de un neumático, en forma previa a que el rodado subiera a la acera de los números pares de calle Urquiza. d.-) Necesario es también hacer notar que no fue demostrado el supuesto mal estado de los separadores ubicados sobre calle Urquiza. De las ocho fotografías tomadas a los dos días de ocurrido el siniestro y agregadas a los expedientes, se aprecia que solo en el sector demarcado por la senda peatonal sobre calle Salta, existiría un mal mantenimiento del separador, lo que no influye sobre el hecho, ya que del croquis elaborado en la causa penal, surge que a esa altura de la arteria, el rodado estaba prácticamente subido a las vereda de calle Urquiza, por lo que nunca pudo pasar por sobre el separador en mal estado y tal situación hacer estallar el neumático. e.-) Es por lo expuesto, y ante la negativa de la Municipalidad accionada sobre la ocurrencia de tal estallido y/o avería del neumático, como de la forma en que ocurrió el siniestro, que entiendo que no se ha acreditado incidencia alguna (relación causal) entre el inerte plástico refractario que separa las manos de circulación de calle Urquiza y el siniestro ocurrido (arts. 901 sig. y conc. del C.C.). Tengo para mí, que la causa exclusiva y excluyente del accidente lo fue el exceso de velocidad a la que circulaba el menor B. y la falta de pericia en su conducción, la que presumo atento su joven edad y la falta de habilitación administrativa para conducir (ver informe de fs. 321.-). El informe agregado a fs. 53 de la causa penal, fija una velocidad "mínima de impacto" de 81km por hora, por lo que la velocidad previa a dicho

impacto ha de haber sido muy superior -téngase presente que la velocidad máxima en el lugar del siniestro era de 30 km. por hora-. La suma de tales situaciones, a lo que agregamos una curva cerrada en forma de "S", fueron la lamentable combinación que derivó en el siniestro base del proceso, con las consecuencias que el mismo generó. f.-) Tal como se expresó en el apartado VI. a.-), era carga de los actores, acreditar la incidencia causal (demostrando la posición o comportamiento anormal), de los plásticos refractarios separadores, para poder endilgarle responsabilidad a la Municipalidad accionada. Dicha prueba no se produjo, resultando por otra parte acreditado que fue la imprudente conducción/actividad desplegada por la víctima (B. A. B.) la que generara -en forma exclusiva y excluyente- sus propios daños y el fallecimiento del joven N. K. (arts. 512, 1109, 1111, 1113 y conc. del C.C.), al circular -reitero- a exceso de velocidad en un curva de por sí peligrosa y sin contar con la capacidad necesaria para no perder el control del rodado, lo que en definitiva ocurrió..- VI.- B.-) Responsabilidad de Arturo Banek (autos: "Kapusta Adolfo y otra c/ Banek Arturo y otros s/ Daños y perjuicios").- No coincido en este aspecto con lo resuelto en la sentencia en crisis. Acreditado está que a la fecha del siniestro, y por sentencia judicial firme, la tenencia del menor B. A. B. era ejercida por su padre Arturo Banek. El propio accionado lo afirma, para luego sostener que desde un año antes al siniestro, el menor no convivía con él, haciéndolo con su progenitora, y que en particular, la noche en que ocurrió el accidente, estaba al cuidado de su madre. Con base en tal afirmación, y aunque sin mencionarlo, con apoyo en el art. 1114 in fine del C.C., requiere se rechace la acción en su contra (excepción de falta de legitimación pasiva). Para intentar acreditar tal situación, ofrece varios testigos, solo declarando Silvia Martín (fs. 390.-) y Carlos A. Alejandro (fs. 391.-) -se tuvo por desistida la declaración de los restantes conforme se resolvió a fs. 772-. Si bien el Juez de grado, entiende que "de la prueba producida surge sin hesitación que -el menor- vivía con su madre por lo que estaba a su cuidado" y que tal situación es corroborada por los testigos de fs. 390 y 391; de la compulsión del expediente emerge solo una prueba que tendió a acreditar que el menor no vivía con su padre a la fecha del siniestro, precisamente las declaraciones testimoniales indicadas. Ninguna otra se ofreció y por lo tanto ninguna otra se produjo. Del análisis de tales declaraciones, notamos que los testigos carecen de un requisito fundamental y necesario, para que sus exposiciones puedan meritarse con la fuerza que le otorga el Juez A quo. Ambos al exponer la razón de sus dichos, indican que lo expuesto lo saben por haberlo charlado con el demandado Arturo Banek y porque este se los comentó, lo que los convierte en meros testigos de oídas, es decir que sus declaraciones -las que no concuerdan con ninguna otra prueba- deben ser desechadas (arts. 384,456, sig. y conc. CPCC). Ha sostenido esta Sala, con anterior integración, en voto que comparto, que: "En rigor, el criterio dirimente para determinar la relevancia probatoria de los testimonios rendidos no pasa -exclusivamente- por la mayor o menor proximidad que reconozcan o evidencien respecto de las partes, sino fundamentalmente por la razón que puedan dar del conocimiento de las circunstancias que exponen, y fundamentalmente -atendiendo al tipo de litigio de que se trata- por la concordancia de esos dichos con otras probanzas objetivas incorporadas a la causa" Expte. nro. 138.608 17/04/2012 autos "Viera c/ Merlo de Frugone s/ Usucapión".- Asimismo, la propia madre de B. A. B., al contestar la acción en representación de su hijo, sostiene que el día del siniestro el joven se encontraba al cuidado de su progenitor (fs. 110 vta.). Es por ello que sostengo que el accionado Arturo Banek no ha demostrado que al momento de ocurrir el siniestro, su hijo B. se encontrara al cuidado de su madre, por lo que la excepción de falta de legitimación pasiva, debe ser rechazada (art. 1114 in fine CC), siendo en consecuencia responsable de los daños producidos por la exclusiva culpa de su hijo B. A. B. en el siniestro ocurrido el día 28 de abril de 2002, tratado en autos. En tal sentido y con el alcance indicado, voto por la negativa.- El Sr. Juez Dr. Ribichini, por los mismos fundamentos, vota en igual sentido.- A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. RESTIVO DIJO: Atento el resultado arribado en el tratamiento a la primer cuestión, corresponde: a) Confirmar la sentencia en cuanto rechazó las demandas interpuestas contra la Municipalidad de Bahía Blanca, con costas a los actores vencidos, y con el alcance previsto en el art. 84 del C.P.C.C. en relación a los actores Adolfo Julio Kapusta, Esther Amalia Stremel y B. A. B.. b) Proceder a determinar la indemnización que el codemandado Arturo Banek deberá abonar a los actores Adolfo Julio Kapusta y Esther Amalia Stremel. Los mismos en su escrito postulatorio requieren ser resarcidos por los siguientes rubros: I.- Gastos de Sepelio: Solicitan la suma de pesos cuatro mil seiscientos setenta y seis con más sus intereses en concepto de gastos de sepelio, abonados a la empresa Ferrandi Hnos. S.A. (\$ 1500.-) en fecha 30/04/2002 (fs. 398.-) y gastos por la cesión de una parcela en el cementerio Parque de Paz (\$ 3176.-) en fecha 06/05/2002 (fs.394.-) Si bien fueron negados por el accionado Arturo Banek, con los informes agregados a fs. 392/394 y fs. 396/400 -los que no fueron impugnados-, se encuentran acreditados los gastos en que incurriera el actor Adolfo Julio Kapusta en relación al sepelio de su hijo N. K., por lo que se concederán las sumas peticionadas (art. 384 CPCC.-). Los montos indicados, devengarán un interés desde las fechas en que fueron abonados, que se calculará exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo deberá ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623 CC), hasta la fecha de su efectivo pago, conforme doctrina legal sentada por la Suprema Corte en las causas "Cabrera", C.

119.176 y "Trofe", L. 118.587 (ambas sentencias del 15-VI-2016).- II.- Perdida de chance: Requieren en concepto de indemnización por frustración de chance, la suma de pesos cien mil -o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse-, atento que el fallecimiento del hijo de los recurrentes les genera la pérdida de la esperanza cierta de obtener una ayuda económica futura, para el momento en que por vejez o edad madura la necesiten. Dicho rubro no fue negado por el accionado Arturo Banek, entendiendo que el mismo debe ser receptado. Es conteste doctrina y jurisprudencia, al sostener que la pérdida de chance representa la frustración cierta de la posibilidad probable. Nos encontramos ante un daño cierto -la frustración- de una situación futura que conforme el curso normal y ordinario de las cosas podría suceder. En tal sentido "Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual (SCBA Ac. 36773 16/12/86 "Isola c/ Vagnoni s/ Daños" entre otros).

Lo que ven los actores frustrados en forma cierta y ante el fallecimiento de su hijo, es la probabilidad de ayuda futura ante la posibilidad de necesitar de la misma, la que podrá ser mayor o menor dependiendo de las constancias del expediente, pero en tanto tal frustración exista, la pérdida de chance es un daño cierto en igual medida a su grado de probabilidad. A los fines de cuantificar el daño padecido, no puedo dejar de evaluar la totalidad de las constancias que surgen del expediente, la edad de la víctima y de los actores, la condición socio-económica del grupo familiar, la actividad profesional, la existencia de más hijos y demás circunstancias particulares. En consecuencia, de la prueba rendida puedo inferir que N. K. era un joven que se preocupaba y ocupaba de los suyos, aplicado en cuanto a sus estudios, dando cuenta de ello los certificados de fs. 45/47 relacionados al informe obrante a fs. 402/408, el informe de la dirección general de cultura y educación obrante a fs. 427/435, y las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 616/617, 619/621 y 640/641, con un fuerte grado de probabilidad de completar una carrera universitaria -contador público / licenciado en economía-. Por otra parte su padre es profesional -Contador Público Nacional- y su madre comerciante (ver testimoniales antes indicadas, absolución de fs. 416/417 e informe pericial de fs. 678/684). Asimismo teniendo presente que N. tenía una hermana y que por otra parte, Adolfo Kapusta tiene otra hija de un matrimonio anterior, tales situaciones son merítadas para fijar el monto con el que probablemente el joven hubiera ayudado a sus progenitores ante la necesidad de los mismos. Fijo la edad en que dicha suma se hubiera comenzado a aportar a partir de la fecha en que N. hubiera cumplido 33 años (año 2018), ya que los primeros años de su actividad profesional no le hubieran permitido desviar ingresos para la atención de sus padres, ponderando que luego de ocho años de ejercicio profesional (entendiendo que podría haber obtenido un título universitario a los 25 años), hubiera podido hacerlo. Estimo en \$ 2000 mensuales (proyectando la misma en un 50 % para cada progenitor y por el período de vida probable de cada uno de sus progenitores, conforme tabla de Mortalidad de Indec 2008/2010 para la Provincia de Buenos Aires, la que fija un número medio de años por vivir para una persona de sexo masculino de 70 años en 11,72 y para una persona de sexo femenino de 60 años en 22,93 años (situación que se corresponde con la edad que tendrán los actores en el año 2018)), la suma que N. hubiera aportado para lo cual hago mérito de los probables ingresos -en razón de la edad- que podría generar como contador y/o Lic. en economía (3/4 S.M.V.M.), de los aportes que harían el resto de sus familiares (hermanas) a iguales fines y de los propios ingresos de sus padres.- Aplico para determinar el monto indemnizatorio la fórmula de valor presente, conforme las pautas ut supra indicadas, resultando una indemnización correspondiente a Adolfo Julio Kapusta de pesos ciento diez mil quinientos cincuenta y uno con setenta y ocho centavos, la que redondeo a pesos ciento diez mil quinientos (\$ 110.500.-) ; y para Ether Amalia Stremel la suma de pesos ciento setenta y siete mil novecientos cuarenta y siete con cuarenta y siete centavos, la que redondeo a pesos ciento setenta y ocho mil ( \$ 178.000.-) (art. 165 y conc. del CPCC.-). Dichas sumas no generan intereses moratorios, atento que los mismos no fueron solicitados en el escrito de demanda.- III.- Daño moral: Requieren por último los actores, ser indemnizados por el daño moral sufrido ante la pérdida de su hijo. Si bien fijan un monto en demanda, la estimación la realizan al solo efecto de no incurrir en defecto legal, peticionando que la suma definitiva se fije conforme el resultado de la prueba rendida. El codemandado Arturo Banek no realiza negativa alguna en relación al presente rubro. Adelanto que el rubro es de recibo. Podemos definir el daño moral -conforme lo hace Ramon D. Pizarro- como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, a consecuencia de una lesión no patrimonial, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y siendo anímicamente perjudicial. Siguiendo al mencionado autor, entiendo que no puede concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que la muerte de un hijo, por su intensidad y perdurabilidad. La prueba de este daño se determina por vía presuncional -in re ipsa loquitur-, una vez acreditado el vínculo y el fallecimiento, no descartándose la utilidad de la prueba que pueda rendirse a los efectos de su cuantificación. En este sentido, dan claras muestras del estado íntimo de los actores, las pericias psicológicas que se les realizaran (dictamen obrante a fs. 678/685) (art. 384 CPCC). Corresponde en consecuencia fijar de qué manera será reparado el daño moral, entendiéndose idónea para ello la reparación plena por equivalente pecuniario, conforme los principios de relación causal que fijan el daño atribuible y la extensión de su resarcimiento (art. 522 y 1078 CC). No limitaré la fijación del monto a otorgar a la teoría de los placeres compensatorios, porque si solo se tratara de fijar el precio del consuelo, no estaríamos hablando de daño

moral, ya que este no representa el dolor, la pena o el sufrimiento, sino la modificación disvaliosa en la subjetividad de los damnificados. Aunque faltase comprensión del dolor que se sufre, el daño moral debe repararse. Hago mérito entonces, de las condiciones particulares de los padres del joven fallecido, sus edades, sus condiciones socio económicas, el grupo familiar, el grado de sensibilidad afectado (conforme la documentación agregada, la prueba testimonial rendida y la pericia psicológica antes indicada), sin dejar de apreciar que la suma a otorgar posibilitará acceder a bienes materiales que -si bien no pueden compensar un daño de suyo irreparable- tienen por función adquirir sensaciones placenteras, por lo que propongo al acuerdo se otorgue a cada uno de los progenitores la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) (Arts. 1078, 1083 y conc. del CC. y 165 y conc. del CPCC).

Dicha suma no devengará intereses, atento que los mismos no fueron solicitados en el escrito de demanda.- ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ribichini, por los mismos fundamentos vota en igual sentido Por lo que se SENTENCIA Y VISTOS:  
CONSIDERANDO: Que en el acuerdo precedente, ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho.

POR ELLO: A.-) Se la confirma en cuenta rechaza las demandas intentadas contra la Municipalidad de Bahía Blanca, con costas a los actores vencidos (art 68 CPCC), con el beneficio que les otorga el art. 84 del CPCC en relación a B. A. B., Adolfo Julio Kapusta y Esther Amalia Stremel, regulando los honorarios de las Dras. Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini en las sumas de pesos dos mil quinientos y pesos dos mil quinientos, respectivamente (expediente nro. 147844), por los trabajos realizados en la alzada (art. 31 ley 8904.-).- B.-) Se hace lugar a la acción intentada por Adolfo Julio Kapusta y Esther Amalia Stremel contra Arturo Banek, condenando a este último a abonarles a Adolfo Julio Kapusta la suma de pesos ochocientos quince mil ciento setenta y seis (\$ 815.176.-) y a Esther Amalia Stremel la suma de pesos ochocientos setenta y ocho mil ( \$ 878.000.-) Solamente la suma de pesos cuatro mil seiscientos setenta y seis ( \$ 4676.-) correspondiente al rubro gastos de sepelio, devengará un interés desde la fecha en que fueron realizados dichos gastos, que se calculará mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo deberá ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623 CC), hasta la fecha de su efectivo pago. Las costas se imponen al accionado vencido (art. 68 CPCC). Se dejan sin efecto los honorarios regulados por los trabajos realizados en el expediente nro. 147843, difiriéndose la regulación para el momento en que exista base para ello, conforme el nuevo resultado del proceso (art. 31 ley 8904). Hágase saber y devuélvase.- 021734E