



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 27 de Agosto del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**JUAREZ MIGUEL MARCELO Y OTROS C/ UOCRA Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)**" (JNQC15 EXP 469867/2012) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.-** En hojas 722 BACS S.A. apela por altos los honorarios regulados a los peritos.

**1.2.-** En hojas 723, la parte actora apela la sentencia dictada.

**1.3.-** En hojas 732/734 expresa agravios por medio de su apoderado.

Destaca que, resulta claro de los testimonios y de las pericias, que el vehículo de los actores fue el embestido por los que circulaban detrás.

Entiende agraviante la sentencia que distribuye la responsabilidad cuando nadie reconvino contra los actores.

Cuestiona también la valoración de los testimonios, en tanto no surge del expediente que esa parte haya atropellado el camión cisterna parado en la ruta.

Destaca las versiones contrapuestas de los demandados, y que, en definitiva, lo cierto es que el vehículo de esa parte es quien recibe las consecuencias al ser embestido por el camión.

Alega que se han soslayado indebidamente las presunciones en contra, que existen respecto del embistente, siendo carga de este último desligar sus respectivas responsabilidades.

Como segundo agravio, cuestiona la decisión de no hacer lugar al pago de los daños por falta de acreditación de la titularidad del vehículo, cuando es pacífica la doctrina en el sentido de que la simple tenencia es suficiente.

Destaca que las testimoniales dan cuenta de que el auto era de los actores y que se utilizaba como una herramienta de trabajo.

El tercer cuestionamiento radica en el rechazo de los daños de la menor A.. Desconoce expresamente que la madre haya manifestado que viajaba sin sujeción alguna.

Dice que esta situación queda en el ideario de la perito, quien no es testigo propuesto por ninguna de las partes.

Entiende arbitraria la sentencia al quitarle entidad y nexo causal al accionar de los demandados embistentes en la provocación de los daños sufridos por la menor.

Reitera la presunción de culpabilidad del vehículo embistente.

Entiende que, conforme se acreditó en autos, las lesiones de la menor no se habrían producido de no haber sucedido el choque.

Como cuarto agravio, critica la imposición de costas y honorarios a esa parte, pese a que fueron los mayores perjudicados en sus físicos, psíquicos y bienes. Cuando mínimo, entiende que hay culpa concurrente.

En subsidio, solicita que las costas se impongan en el orden causado.

**1.4.-** En hojas 736/738, contesta el traslado BACS S.A.

Solicita se declare desierto el recurso por no contener una crítica razonada y concreta.

**2.-** Debo principiar el análisis de los agravios vertidos, recordando que la mera disconformidad con la

sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que, para merecer dicho adjetivo, debe reunir características específicas.

Tal como frecuentemente hemos indicado "el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto..." (cfr. Sala II, en autos "PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP N° 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como puede advertirse de la síntesis de los agravios planteados, la parte actora escasamente cumple el requisito del art. 265 del código procesal, en particular, en punto al primer agravio.

Las críticas allí formuladas, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido, sin efectuar una crítica severa del razonamiento efectuado por el sentenciante.

**2.2.-** Adviértase que, el apelante, indica que se ha demostrado que los demandados son los que causaron los gravísimos daños del automotor en el que circulaban los actores.

Sin embargo, es la misma parte actora, al relatar los hechos (hoja 7), quien señala *«...cuando transitando por la ruta y con una visibilidad casi nula es que encontramos un camión cisterna que se encontraba en medio de la ruta parado sin luces supuestamente intentando doblar a la izquierda.*

*Que es por la imprudencia de la maniobra del referido camión y la falta de visibilidad y la inexistencia de luces de giro o freno es que se produce en gran parte el evento.»*

Es decir, que la misma parte reconoció, desde el inicio de la acción, que la responsabilidad por los daños no corresponde de manera exclusiva a los demandados.

Aduna lo expuesto que, conforme las constancias del expediente penal arrojadas como prueba, la sentenciante basa el sobreseimiento de los demandados en que *«no es su conducta la que explica la colisión que a la postre lesionó a la menor J., sino la del conductor del camión cisterna, que imprevistamente detuvo su marcha sobre la cinta asfáltica, lo cual impidió a los restantes conductores controlar su vehículo de forma de evitar chocarlo»* (hoja 187 vta. Expte. 46904/11).

**2.3.-** En cuanto a la afirmación de que en ninguna parte del expediente surge que los actores hayan atropellado el camión cisterna, debo destacar que, en hojas 126 del expediente penal, obra la declaración de Juárez Miguel Marcelo (coactor), quien declaró: *«...nos encontramos con una nube de tierra que cubría el sector por lo cual bajamos la velocidad y cuando entramos a la nube de tierra a baja velocidad nos*

*encontramos con un camión que estaba detenido sobre la línea asfáltica sin luces, aparentemente tratando de girar hacia la izquierda, entonces a baja velocidad alcanzamos a frenar y tocamos el camión en la parte trasera con la trompa del auto...»*

*En igual sentido, en hoja 127 del mismo expediente, Vanesa Alejandra González (coactora) declaró: «...cuando entramos en esa cortina de tierra nos encontramos con un camión cisterna que estaba sobre la ruta, no daba tiempo a frenar a pesar de la baja velocidad y nos tragamos el camión que no tenía ninguna luz encendida...»*

**2.4.-** *A esta altura, no puedo más que recordar el principio de adquisición de la prueba, del cual resulta que, una vez producidas, estas «despliegan su entera eficacia en favor o en contra de ambas partes, sin distinción entre las que las han producido y las otras. Pues las actividades procesales de las partes en el proceso se logran para éste, y el material probatorio debe ser utilizado por el juez prescindiendo de su procedencia, aunque la incorporación de la prueba sea extemporánea». (Enrique M. Falcón- Tratado de la prueba- Tomo I- Hoja 242).*

*Este principio, a su vez, es consecuencia de la Comunidad Probatoria, «esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere»; por ello algunos lo denominan "principio de comunidad de la prueba". Pero Carnelutti, a quien se debe en gran parte el desarrollo de este principio, lo ve en realidad como una categoría de actos procesales, que excede el marco probatorio. La derivación práctica del principio consiste en imposibilitar la renuncia unilateral de quien ofreció el medio de prueba.» (Ibídem, 243).*

En definitiva, de las propias declaraciones de los actores resulta el contacto entre el vehículo por ellos conducido y el camión cisterna.

**2.5.-** En cuanto a la presunción de culpabilidad de los demandados, derivada de su calidad de embistentes, no se advierte, y la parte no justifica, los efectos que tendría sobre la decisión adoptada.

Aun cuando se reconociera la existencia de tal presunción, esta admitiría prueba en contrario, y de las constancias del expediente resultan sobrados elementos para considerar que la responsabilidad del accidente no puede imputarse íntegramente a los demandados. Conforme ya expresara, el mismo apelante hace notar, en su escrito de inicio, lo gravitante de la intervención del camión cisterna.

Cabe agregar también que, resultando de las declaraciones precedentemente transcriptas, que los actores impactaron el camión cisterna, igual presunción les cabría.

En esta dirección, como reiteradamente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia *«...la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo establecido en el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, y, de tal suerte, en supuestos como el sometido a la consideración del Tribunal se crean presunciones de causalidad concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otros salvo que prueben la existencia de factores eximentes.»* (07/10/2003 -B. 883. XXXVI. ORI- BLANCO, STELLA MARIS c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS).

**2.6.-** Con respecto a la circunstancia de que los demandados no reconvinieron, debo destacar que esta situación obsta a una condena contra los actores, no así a la

distribución de responsabilidades entre los participantes en el accidente.

Es que, como sostienen Zavala de González y González Zavala: «...En el Derecho de daños, la responsabilidad significa reacción jurídica contra un perjuicio injusto. Esta injusticia requiere que el evento nocivo y sus secuelas sean imputables a otro sujeto.

Si la persona se daña a sí misma –salvo hipótesis excepcionales en que alguien soporta una obligación de custodia– no hay alteridad susceptible de provocar consecuencias jurídicas de ninguna clase.

Y no es injusto que la víctima cargue con consecuencias que ella misma ha provocado, sea íntegramente o bien en parte.

Como la causalidad referible al demandado es presupuesto esencial de responsabilidad resarcitoria, su alegación y prueba pesan sobre el actor, así sea de manera simplificada cuando la ley instituye presunciones.

Dentro de tal perspectiva, deviene rotundamente equivocado el intento de diferenciar el alcance del control judicial, incluso oficioso, para indagar la existencia del daño o su extensión, y cuál es su origen causal. Tan es así, que indagar la existencia de una concausa equivale a analizar la extensión del daño... Igualmente, ¿cómo condenar a quien sólo debe responder en parte? El poder jurisdiccional para determinar si el demandado debe o no responder, también se propaga a la medida de dicha obligación. Como regla, esta responsabilidad se restringe cuando interviene una concausa, si es ajena al sujeto pasivo de la acción; sobre todo, si la víctima contribuyó a la producción del daño...» (cfr. Zavala de González, Matilde, González Zavala, Rodolfo M., "El juicio de daños como instrumento dañoso. Eximentes probadas de responsabilidad", publicado en: RCyS 2012-III, 151).

En definitiva, por las consideraciones formuladas, el agravio debe ser desestimado.

**3.-** El segundo cuestionamiento se entronca en el rechazo de los daños reclamados por el coactor Lucas Damián González, en el entendimiento de que no acreditó su legitimación.

En punto a este presupuesto, como destacara en autos "HIDALGO RAMÍREZ HERNÁN CONTRA O.P.S. S.A. Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP N° 348103/7), «...*"hoy tiende a prevalecer una jurisprudencia amplísima, que sostiene que no es necesario que quien pide ser resarcido pruebe la propiedad del vehículo dañado, pues basta que lo usara en el momento del suceso o tuviese sobre ella guarda jurídica, en razón de que el derecho de uso no requiere más prueba que su ejercicio y que la posesión del vehículo basta para reclamar la reparación de los daños sufridos por él"* (confr. Kemelmajer de Carlucci, en "Código Civil, comentado", Belluscio-Zannoni, t. 5, p. 387, comentario al art. 1110).

La circunstancia de que el accionante haya alegado que era propietario y no lo haya acreditado (a estos efectos es claramente insuficiente el boleto adjuntado, el cual ni siquiera emana del titular registral, conforme cotejo de cédula verde obrante a fs. 493) no constituye tampoco un obstáculo para que pueda pedir el resarcimiento:

*"...cuando el actor afirma que es propietario de la cosa, está afirmando "a fortiori" todo aquello que es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme un ejercicio regular, como lo dice el art. 2513 del Cód. Civil. Es decir que cuando una persona sostiene que es dueño de una cosa, por implicancia está afirmando que es poseedor, que es usufructuario, que es usuario de la cosa, ya que tales derechos son inherentes a la propiedad, por lo que en esencia*

ha sostenido que lo amparan los derechos previstos por el art. 1110 del Cód. Civil en cualquiera de las posibilidades que contempla.

De ello se sigue que no viola el art. 34, inc. 4°, del Cód. Procesal ni quebranta el principio de congruencia, el fallo que considera legitimado para demandar un eventual perjuicio a quien invocó calidad de propietario del automotor dañado al entender que, pese a no haber probado la calidad invocada, se encuentra en situación asimilable a la del propietario al haber demostrado su carácter de poseedor "animus domini" y de usuario (ídem SCBA, causa Ac. 49.311 del 10/8/93)...." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala I, Victoriano, Walter O. c. Pedraza, Omar 13/08/1996 LLBA 1997, 222 Cita online: AR/JUR/1777/1996).

Y, en igual sentido se indicó: "...Referente a que la afirmación de propiedad del vehículo (que, se ha visto, no ha sido excluyente de invocarse también calidad de usuario o tenedor y que igualmente quita toda validez a lo largamente invocado por la recurrente) conlleva la de ser usuario o tenedor, es de verse que la más reciente doctrina legal de la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial así lo ha admitido, apartándose de la jurisprudencia anterior y que es la citada por la recurrente. Así, en el Ac. 33.855, "Sly, Guillermo c. Cuenca, Claudio" fallado el 26/11/85, y publ. en supl. E. D., núm. 6311, 3/IX/85, fallo 38.961, correspondiente a t. 115; y en DJBA, t. 119, p. 566, supl. núm. 9883, del 17/IX/85... Mas antes que todo ello, recalco, es menester poner el acento en aquella invocación del actor que no sólo adujo ser propietario, sino también usuario y tenedor (arts. 330 y 354, Cód. Procesal). Ciertamente que ello le fue negado y cierto también el reconocimiento que se menciona por parte del accionante, más lo que seriamente no puede aducirse es que no

se haya demostrado ser usuario o tenedor del vehículo cuando se está reconociendo que él lo manejaba y usaba al producirse el accidente de marras; el uso sólo requiere ello: su ejercicio, usarlo, y no parece que en el supuesto de autos pueda, repito, seriamente ser puesto en duda (arts. 2352, 2460 y sigts., Cód. Civil; confr. Salvat-Argañaras, "Tratado...derechos reales", t. I, ps. 279 y sigts.)..." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, Nardelli, José O. c .Santiago, Roberto O. 29/04/1986 Publicado en: DJ 1987-1, 358 Cita online: AR/JUR/1609/1986. En igual sentido, Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" 1 Daños a los automotores, Ed. Hammurabi, pág. 29 y 265 y ss.)»

**3.2.-** En nuestro caso, la Magistrada entendió que Lucas Damián González no acreditó ser titular, poseedor, usufructuario o usuario del vehículo y que no produjo prueba al respecto (hoja 713).

Disiento de tal conclusión.

El nombrado, al iniciar la acción, acompaña un boleto de compraventa del que resulta la adquisición en fecha 28 de Junio de 2011 del vehículo siniestrado (A....).

Para el caso de desconocimiento, ofreció como prueba (Hoja 14 punto f) «se libre oficio a la Firma compraventa de autos de Diego Renzo Costich a fin de que informe sobre la autenticidad y contenido de la misma.»

En hojas 498, obra la contestación de Costich, indicando que la copia que se le adjunta en el oficio, es fiel del boleto firmado en fecha 26/06/16 con el Sr. Lucas Damián González.

Asimismo, en hoja 509, la Aseguradora Federal Argentina informa que el vehículo en cuestión se encontraba asegurado bajo póliza N° 3.219.248 de titularidad de Lucas

Damián González. Agrega que no abonó suma alguna en relación al siniestro.

Finalmente, los testigos Zúñiga Carmen Alejandra, Norma Lidia Morales, Jaime Miguel peralta, Nanci Faviana Lencina, consultados sobre qué vehículo tenían los actores, uniformemente identificaron el Volkswagen senda.

Sobre la base de la prueba producida, entiendo que Lucas Damián González ha acreditado su carácter de poseedor del vehículo, y por lo tanto se encuentra legitimado para exigir la reparación correspondiente.

A la luz del plexo probatorio individualizado, la circunstancia de que no fuera él quien condujera el vehículo en momentos del accidente, sino su padre, no es óbice para ello.

**3.3.-** Resuelto lo precedente, corresponde determinar los alcances de la indemnización.

En concepto de daños ocasionados al vehículo, se reclama la suma de \$ 16.000.

La destrucción total del automotor resulta acreditada con el dictamen pericial desarrollado en sede penal (hoja 175 expte. 46904/11), y es observable a simple vista en las fotografías acompañadas.

No obstante, ninguna prueba se produjo en punto al valor del vehículo.

Es por ello que, conforme lo dispuesto por el art. 165 del CPCyC, encontrándose comprobada la existencia del perjuicio, y considerando que, conforme la pericia desarrollada en sede penal, el estado del vehículo anterior al siniestro era regular (hoja 175 vta.), estimo prudencialmente fijar la indemnización por este concepto en \$ 11.000.

Tengo en cuenta para ello, que el automotor fue adquirido por \$ 12.000, menos de tres meses antes del accidente.

Considerando la distribución de responsabilidad respecto de los intervinientes en el accidente, este rubro procederá por **\$ 3.666,66** (dos sextos del total).

**3.4.-** En punto a la indisponibilidad del bien, vale recordar que la privación de uso consiste en la imposibilidad material de utilizar el rodado y el consecuente daño que se infiere al titular del bien, impidiéndole su utilización con el efecto de una obvia reducción de las posibilidades para la que está destinado (CNCom., Sala B, in re: "Sobrero Julio c. Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. s. ordinario", del 18.10.2006).

En esta línea, es reiterado criterio de esta Sala, que la mera indisponibilidad material -y jurídica- del rodado a raíz del obrar ilegítimo de la demandada, configura por sí un daño indemnizable, en tanto produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que no requiere ser probada (CSJN, fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065).

De allí que, en este supuesto, la carga probatoria no apunta a la demostración de la configuración del daño en sí mismo, que surge de la mera indisponibilidad, sino que tiene relevancia para determinar su cuantía. Pero la omisión de esta carga, a todo evento, derivará en la aplicación del art. 165 del C.P.C.C., que somete su determinación al prudente arbitrio judicial.

Ahora bien, la actora ha sido imprecisa en tanto no ha aportado elementos que permitan determinar los gastos de transporte en los que incurrió.

Se limita a indicar que debe establecerse un importe de \$100 diarios desde la fecha del siniestro hasta que los demandados asuman su responsabilidad, pero ni siquiera hace referencia a sus actividades cotidianas.

Según su propio relato, se vio imposibilitado de continuar realizando la actividad comercial que lo obligaba a

viajar regularmente a la ciudad de Neuquén, y por lo tanto, no puede entenderse que han incurrido en un gasto como consecuencia de ello.

Continuando con el análisis de esta reparación, debe ponderarse el período por el cual es procedente.

Respecto de si el lapso a resarcir por la privación del uso puede prolongarse más allá del razonablemente necesario para la reparación material del automotor, o su sustitución en el caso de autos, Matilde Zavala de González señala que *«no sería aceptable "cualquier" tiempo de privación de uso, si el exceso guarda vinculación con la prosternación de la demanda, o si el damnificado no arregla el bien dañado a pesar de contar con recursos para ello, o en su defecto, no hace saber a la parte que no tiene medios para solventar los arreglos.»* (Resarcimiento de daños 1- Daños a los automotores).

A este fin, no puedo soslayar la circunstancia de que el 16% de la responsabilidad recae sobre el mismo actor, y en un 50% sobre el conductor del camión cisterna que no fue individualizado en oportunidad de ocurrir el accidente, y, como consecuencia de ello, no es parte en autos. De ello resulta que, a los fines del reemplazo del vehículo, el aporte de los demandados no resulta determinante.

Cabe agregar que no se ha producido prueba alguna tendiente a acreditar la carencia de recursos, ni que se haya comunicado esta circunstancia a los demandados.

Sobre las bases apuntadas, corresponde estimar prudencialmente este valor en la suma de \$ 5.000,00, conforme las facultades establecidas en el artículo 165 del C.P.C. y C.

Considerando la distribución de responsabilidad respecto de los intervinientes en el accidente, este rubro procederá por la suma de **\$ 1.666,66.**

**3.5.-** En punto al daño referido a la imposibilidad física y económica de continuar con el emprendimiento comercial que desarrollaba el Sr. Damián González, no habiéndose producido prueba alguna de la que resulte acreditada esta imposibilidad, y su relación casual con el accidente, corresponde su rechazo.

**4.-** El tercer agravio cuestiona el rechazo de los daños sufridos por la menor A..

La sentenciante rechaza esta reparación por entender configurada la culpa in vigilando de los progenitores. Entiende que ha mediado una falta de cuidado por el traslado de la menor sin cinturón de seguridad o algún medio de sujeción adecuado.

El cuestionamiento formulado a este respecto por el apelante resulta insuficiente.

Es que se limita cuestionar que la Magistrada se haya hecho eco de los dichos de la perito psicóloga, en cuanto a que la menor viajaba recostada sobre el asiento y sin cinturón de seguridad, pero no cuestiona las restantes apreciaciones formuladas, ni las constancias de las que resultaría el efectivo uso del asiento de bebé que denuncia en el escrito de demanda.

Efectivamente, como señala la Magistrada, el vehículo en el que circulaban contaba con solo dos cinturones de seguridad en buen estado, y no surge del acta de secuestro obrante en hojas 5 la presencia de la silla en cuestión.

Cabe agregar que, incluso de tenerse por acreditado el uso de la silla, el perito en accidentología señaló que *«Por el tipo de lesiones y la posición debajo del asiento de la menor, la silla no se encontraba en posición mirando hacia atrás como se recomienda»* (hoja 437).

**4.2.-** Sin embargo, entiendo que lo hasta aquí expuesto no agota el análisis de la reparación pretendida.

De la conclusión de que los padres actuaron con culpa, no se sigue que el rubro debe ser rechazado íntegramente.

Debe analizarse la gravitación que el incumplimiento de la medida de seguridad ha tenido sobre el resultado dañoso.

Es sabido que, en los accidentes de tránsito en los que participan menores de 10 años, el uso del Sistema de Retención Infantil reduce severamente el riesgo de muerte y de lesiones.

Conforme el Informe mundial sobre prevención de las lesiones en los niños de la Organización Mundial de la Salud y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (año 2012) *«Los sistemas de retención infantil son muy eficaces en lo que se refiere a la prevención de las defunciones y constituyen la principal medida de seguridad para los niños "en el interior del vehículo". En caso de una colisión, si los sistemas de retención están adecuadamente instalados y se utilizan convenientemente pueden: - reducir las defunciones en los lactantes aproximadamente en un 70% (133); - disminuir las defunciones de los niños de 1 a 4 años en un 54% (133); - en el caso de los cojines o asientos elevadores, reducir en un 59%, en comparación con el cinturón de seguridad ordinario, el riesgo de sufrir traumatismos clínicamente graves en los niños de 4 a 7 años (134).»* (hoja 47- <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/paho-sde-prevencion-lesiones-ninos-2013.pdf>).

No obstante su efectividad, y la importación de su uso, estos sistemas no impiden todos los daños.

Al igual que lo señalara en la causa "LOBATO" en relación al uso del casco por los motociclistas, la omisión del sistema de retención infantil también actúa como concausa del perjuicio ocasionado.

Solo excluirá íntegramente la obligación de reparar, en la medida que se entienda que su uso habría evitado de manera absoluta el daño.

Sostuve en el mencionado antecedente: «si el perjuicio deriva de la confluencia genética de los hechos del agente y del damnificado, se está en presencia de una concurrencia causal que produce la exención parcial de la responsabilidad del primero, quien se libera solamente de una parte de la indemnización.

En estos casos se conectan dos o más hechos independientes que coadyuvan en la producción del menoscabo, por lo que el planteo defensivo no se sustentará en la falta de autoría, sino en la concausación.

Debe hablarse de "causas concurrentes" y no de "culpas concurrentes", ya que con la primera de esas expresiones se abarcan tanto las situaciones en las que el factor de atribución de responsabilidad sea objetivo, como aquellas en las que el hecho autolesivo concurrente sea involuntario.

Frente a estos supuestos es justo que tanto el agente dañador como el damnificado soporten conjuntamente el perjuicio resultante del obrar de ambos.

Sentado ello, debe dilucidarse de qué manera se distribuyen los daños.

Entiendo que, tanto uno como otro deben hacerse cargo en proporción a la incidencia causal de sus respectivas conductas.

Así, el demandado responde sólo en la medida en que su hecho contribuyó causalmente al resultado nocivo; mientras que la restante masa de daños es soportada por la víctima, que en esa porción queda sin reparación.

O, vista la cuestión desde el otro lado, el hecho concurrente del damnificado reduce la obligación resarcitoria

del demandado en idéntica medida a la que ha contribuido a crear el daño...» (cfr. Castro Durán, Ricardo Manuel "EL HECHO O "CULPA" DE LA VÍCTIMA COMO EXIMENTE. LA AGRAVACIÓN DE LOS DAÑOS. LA NEGATIVA AL TRATAMIENTO MÉDICO. EL NO ARREGLO DEL AUTOMOTOR" Revista de Derecho de Daños, Eximentes de Responsabilidad -II 2006- 2).

«... surge de las constancias de autos, en especial de la pericial médica, que Lobato presentó como consecuencia del accidente: "...traumatismo encefalocraneano.. Puntualmente, a la pregunta del demandado de si el uso del casco protector hubiese atenuado las lesiones padecidas por el actor, contesta: "Sin lugar a dudas, el uso de casco protector, en una persona que se desplaza en un ciclomotor, al momento de un accidente, reviste gran importancia ya que estadísticamente ha sido ampliamente demostrado, que la utilización de este elemento disminuye la gravedad de los impactos sobre el cráneo y, consecutivamente, las lesiones sobre el cráneo"...

Nótese que casi la totalidad de las lesiones sufridas (con excepción del traumatismo de tórax, al que se hace referencia) se encuentran relacionadas al traumatismo de cráneo, en cuya gravedad, sin lugar a dudas, influyó decisivamente el no uso de casco protector.

Y en este punto: "...el juez, para establecer la eficiencia genética de cada causa, y así determinar la proporción de los daños a indemnizar por el agente y la parte de los mismos a cargo de la víctima, debe formular un juicio retrospectivo y abstracto, procurando determinar la relevancia de uno y de otro hecho.

Además, en los casos en que el factor de atribución de responsabilidad sea la culpa y el hecho concurrente del perjudicado sea "culpable" (en sentido impropio), la evaluación de la gravedad de cada falta resulta útil como

*pauta directriz para el reparto de los sacrificios que tanto uno como otro deben soportar.*

*Si bien es cierto que la gravedad de la culpa no siempre está relacionada con la extensión del detrimento, ya que nada impide que en un supuesto concreto la falta menos importante tenga mayor incidencia dañosa, no es menos cierto que en la generalidad de los casos, la relación es directamente proporcional, ocasionando la culpa más grave mayores perjuicios.*

*Por otro lado, cabe dejar claramente sentado que en casos de concurrencia de culpas debe efectuarse un análisis conjunto y coordinado de los dos aspectos, la relevancia dañosa y la intensidad del reproche que entraña cada hecho..." (cfr. Castro Durán, op. cit.).*

*En orden a ello (y más allá de la aplicación en el caso del artículo 1113 del Código Civil), siendo que la patología determinante de la internación del actor y de la gravedad de su cuadro de salud, se registró en la cabeza, a la que, específicamente, el casco está destinado a proteger (ver examen de fs. 11 e informe de evolución de fs. 15), el no uso del mismo (circunstancia atribuible al actor) determina una incidencia co-causal en los daños sufridos, la cual, en orden a las lesiones sufridas y a la imprudente asunción de riesgo por parte del actor, estimo debe establecerse en el orden del 50%." ("LOBATO JULIO GABRIEL CONTRA QUINTANA PINO OMAR SEGUNDO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP N° 267163/1).*

*Estas consideraciones resultan trasladables al caso de autos, puesto que aún cuando el perito médico no se expidió sobre la incidencia causal de la ausencia del sistema de sujeción, cabe recurrir en este punto a las máximas de la experiencia (pauta fundamental para el análisis de causalidad adecuada).*

En esta dirección, entiendo que, en un choque de escasa envergadura, el sistema de sujeción impediría los daños sobre el menor transportado.

Sin embargo, en el caso en estudio, en que se dio la destrucción total del vehículo, y con el simple cotejo de las fotografías obrantes como prueba (hojas 551/561 de estos actuados y 57/58 del Expte. Penal), no puede efectuarse tal afirmación.

De modo que, en ausencia de elementos que permitan precisar la exacta incidencia causal de la falta de su uso, propongo que el 50 % de los daños padecidos deben ser imputados a la conducta de quienes transportaban a la menor.

El 50% restante, será distribuido entre las partes, conforme la distribución de responsabilidad efectuada en relación al accidente.

**4.3.-** Despejado el punto anterior, corresponde expedirme en torno a la reparación de los daños físicos sufridos por la menor.

Como reiteradamente he sostenido, *«...el alcance del resarcimiento, la determinación del "cuánto" apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.*

*Porque indemnizar a la víctima insuficientemente -de asistirle el derecho- es muy injusto. "Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso.. En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista ... Ello presupone,*

además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "... la reposición de las cosas a su estado anterior..." (art. 1083 del Código Civil)..." (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: "la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivación del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial ("Villalba Miguel Ramón C/Cadesa S.a. S/ Accidente Acción Civil" P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son

útiles "...para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte N° 343.739/06; 328949/5, entre otros).

A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y, por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Voutto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual- se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso -o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período) no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar

valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones:

\* En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la

vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

**\* En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto** (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., n° 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10).

\* En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época del suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.» (cfr. "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" EXP N° 501889/2014, entre muchos otros).

Teniendo en cuenta las pautas antedichas, y utilizando las fórmulas señaladas como pauta de referencia, la edad de la víctima, el salario mínimo vital y móvil a la fecha del suceso, y el grado de incapacidad dictaminado por el perito (15 % hoja 456), entiendo que la indemnización por este rubro debe ser establecida en la suma de \$1.000.000.

De esa suma, el 50% es atribuido a la responsabilidad de los padres por la omisión en el uso del sistema de sujeción, y el 50% restante se distribuye conforme los términos de la condena.

En definitiva este rubro procederá por la suma de \$ **166.666,66** (dos sextos de \$ 500.000).

**5.-** En cuanto a la reparación del daño moral, sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. Pág. 466).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: "Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)". OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUEN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas en la menor, «con un menoscabo irreversible de la función respiratoria» (hoja 456).

Como correctamente señaló el perito médico, su vida corrió riesgos, estuvo internada por 15 días y debió guardar reposo por tres meses.

Aún cuando por su edad, no haya podido comprender lo sucedido, su sufrimiento es innegable.

Sobre la base de los parámetros citados, y conforme lo normado por el art. 165 CPCyC, entiendo prudente fijar esta indemnización en la suma de \$35.000.-

Considerando la distribución de responsabilidad respecto de los intervinientes en el accidente, el rubro prosperará por la suma de **\$ 5.834,333** [(dos sextos de \$ 17.500 (\$ 35.000 -50% atribuido a los padres)].

6.- En punto al daño moral de los padres, solicitan los actores se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del C. Civil.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia en autos "Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros s/ daños y perjuicios" (05/09/17 Fallos: 340:1185), haciendo suyo el dictamen del procurador, expresó «la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional implica la igualdad de tratamiento para casos idénticos o razonablemente similares o asimilables entre sí. Sin embargo, no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. En consonancia, se atribuye un amplio margen al legislador para distinguir y clasificar los objetos de la reglamentación en la medida en que las distinciones se basen en motivos objetivos y razonables (Fallos: 326:3142, "Asociación Mutual Carlos Mujica", considerando 9°).

En el Código Civil, el legislador adoptó diferentes reglas para la procedencia de la indemnización de los daños patrimoniales y del daño moral en los supuestos de responsabilidad extra contractual. En efecto, el Código Civil efectúa una distinción entre los tipos de daños que una persona puede sufrir como consecuencia de un hecho ilícito. Por un lado, el menoscabo de bienes patrimoniales es indemnizable de conformidad con las reglas del artículo 1079 y concordantes. De acuerdo con esa norma, todo aquel damnificado que haya sufrido un daño directo o indirecto a causa de un hecho ilícito se encuentra legitimado para reclamar su reparación. En este supuesto, el damnificado invoca un daño cuya prueba es necesaria para la procedencia del reclamo indemnizatorio (Fallos: 316:2894, "Gómez Orue de Gaete", considerando 5°).

Por otro lado, las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito son resarcidas de acuerdo con el artículo 1078 del Código Civil. En estos casos, el daño consiste en las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el damnificado. En virtud de la naturaleza del perjuicio sufrido, la dimensión del daño no puede ser acreditada con certeza. No obstante, el legislador consideró que el perjuicio extrapatrimonial debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso. De este modo, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide indemnizarlo teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 334:1821, "Migoya", considerando 23°). Precisamente, por las particularidades de este daño, debe tenérselo por configurado *in re ipsa* ya que se presume la lesión inevitable de los sentimientos de los legitimados (Fallos: 316:2894, considerando 7°).

Al mismo tiempo, el legislador entendió que no es posible exigirle al generador del hecho ilícito que indemnice a todo aquel que meramente invoque la existencia de daño moral y que es necesario evitar la proliferación excesiva de reclamos, lo cual contribuye a la previsibilidad y cobertura de los riesgos. Por lo tanto, estableció en qué casos los jueces pueden presumir su existencia.

En este contexto, considero que las diferentes reglas probatorias en los supuestos de daños materiales e inmateriales en los casos de responsabilidad extracontractual, que a su vez obedecen a las características diversas de los bienes en cada caso tutelados, constituyen una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado que brinda el Código Civil a la legitimación activa en cada supuesto.

Para más, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, el ordenamiento vigente mantiene la regla según la cual solo el damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito. La legitimación activa ha sido ampliada en el nuevo código pero únicamente para los casos de muerte o de gran discapacidad de la víctima.

En segundo término, considero que el artículo 1078 tampoco importa una restricción inconstitucional al principio de reparación integral 5 establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues como ya se ha analizado, la decisión del legislador de acotar la legitimación para reclamar el daño moral obedece a criterios objetivos y razonables, y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos ilícitos.

Esta conclusión no resulta contradictoria con la doctrina sentada por la Corte Suprema en "Aquino" al interpretar el alcance de aquel principio constitucional en una controversia que no guarda relación con la presente. En ese precedente, la Corte examinó la aplicación del principio de reparación integral a la situación de la víctima de un daño que, por su condición de trabajadora, recibía únicamente las reparaciones tasadas previstas por el régimen especial de riesgos del trabajo, y estaba imposibilitada de recurrir a la vía civil, que no presentaba esas limitaciones. El tribunal enfatizó que los trabajadores son sujetos de preferente tutela de acuerdo a nuestro régimen constitucional. En ese contexto particular, la Corte resolvió que la indemnización que resultaba de la aplicación de ese sistema específico de reparación tarifada era absolutamente insuficiente y, por lo tanto, violaba el principio de la reparación integral. Sin

embargo, la Corte advirtió que "el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños" y que la validez constitucional de cualquier regulación depende de su razonabilidad (considerando 14°).

En el caso, se encuentra en discusión la legitimación prevista en el propio sistema de responsabilidad civil para reclamar la reparación de un determinado tipo de daño. Tal como apunté, el legislador a través de la limitación contenida en los términos del artículo 1078 ha establecido un medio apropiado - considerando la particular naturaleza de los daños no patrimoniales y las cuestiones probatorias conexas- a fin de procurar la previsibilidad de los riesgos y la cobertura de los daños derivados de los hechos ilícitos. Tampoco, los recurrentes han demostrado que la reparación en los términos del sistema de responsabilidad del Código Civil sea absolutamente insuficiente, tal como sucedió en el citado caso "Aquino", donde el trabajador, además, invocaba una especial protección. En ese marco, opino que aquella decisión no es dirimente para resolver la cuestión que aquí se debate y que la limitación contenida en el artículo 1078 supera el examen de razonabilidad.

Por último, debo señalar que esta Procuración General dictaminó recientemente a favor de la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil (S.C. G. 112, L. L, "G., M. G. y otros c/-Estado Nacional- Minist. De Just. y Der. Hum. - Gendarmería Nac. si daños y perjuicios", emitido el 8 de septiembre de 2015). En esa oportunidad, se consideró que la distinción para reclamar la indemnización por daño moral entre el hijo biológico y un niño que tenía un vínculo filial de hecho con quien había resultado ser la víctima fatal de un ilícito violaba el derecho a la igualdad. En este caso, en cambio, la discusión gira en torno a la distinción de trato

*acordada de conformidad con la naturaleza del daño sufrido por el damnificado indirecto. Por ello, las consideraciones expuestas en aquella oportunidad no resultan aplicables a esta controversia.*

*En conclusión, considero que, en el sub lite, el artículo 1078 del Código Civil, en tanto no prevé la legitimación de los padres y los hermanos para reclamar la indemnización por daño moral ante las lesiones padecidas por el damnificado directo del hecho ilícito, no resulta inconstitucional.»*

Dada la conveniencia de seguir la línea fijada por nuestro máximo tribunal, en orden al principio que impone el acatamiento de los fallos de la Corte por parte de los Tribunales inferiores (Fallos 307:1094), entiendo que corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad formulado, rechazando la reparación del daño moral pretendida por los padres de la menor, en orden a los términos y causa en base a la cual lo peticionaron.

**7.-** En cuanto a las costas, dispone el artículo 71 del CPCyC que, en caso de vencimientos recíprocos, deben imponerse prudencialmente a cada una de las partes, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas.

Sin embargo, la admisión o el rechazo parcial de la demanda no puede implicar una distribución automática, objetiva y matemática de las costas entre las partes contendientes. El criterio matemático debe sustituirse por el jurídico que bajo la prudencial mirada del juez compute diversas circunstancias que pudieron incidir en el resultado parcialmente exitoso o adverso del pleito, para una o para ambas partes.

El reparto no estriba en mensurar cuanto se demandó y cuanto prosperó sino, más bien, en analizar la entidad de las

pretensiones deducidas y acogidas y, conforme a ellas, fijar la imposición.

En esta dirección, como ya he sostenido, para la configuración del vencimiento recíproco, como para su evaluación cuantitativa: a) no corresponde computar aquellos rubros en los que la determinación de la indemnización depende del exclusivo y prudente arbitrio judicial, salvo excepcionales casos de notoria desproporción; b) la ponderación del equilibrio con que cabe aplicar las costas, en consideración a los vencimientos recíprocos, debe practicarse con criterio más jurídico que aritmético; c) en esta última línea, evaluar si el condenado a resarcir negó su responsabilidad y dio causa a la promoción de la acción y si la demasía en el reclamo pudo evitarse (aspectos éstos últimos que se encuentran relacionados con el regular ejercicio de los derechos).

En tal orden de ideas y sobre la base de las premisas dadas, entiendo que las costas de ambas instancias deben ser impuestas en el orden causado.

Tomo en cuenta para ello que nos encontramos ante un "choque en cadena", que se produjo en circunstancias climáticas totalmente anómalas, y que, quien resultó el principal responsable, huyó del lugar sin conocerse su paradero.

Debo destacar también que la legitimación de los padres para reclamar el daño moral en casos como el presente, es sumamente controvertida.

**8.-** En cuanto a la apelación arancelaria de los honorarios de los peritos, cabe tener en consideración que, si bien no existen pautas aplicables a sus honorarios, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar

relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP N° 385961/9).

Sentado lo anterior y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de la regulación atacada resulta ajustado a derecho por lo que se impone su confirmación.

**9.-** En resumidas cuentas, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso, reconociendo legitimación a Lucas Damián González para reclamar los daños producidos en el vehículo Volkswagen Senda, y en consecuencia, condenar a abonar la suma de **\$ 5.333,32.**

Respecto de las lesiones físicas y daño moral, padecidos por la menor, se hace lugar parcialmente al recurso, condenando por la suma de **\$ 172.500,99.**

Los restantes rubros y agravios son rechazados, así como el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.

Las sumas condenadas devengarán interés desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago conforme la Tasa Activa del Banco Provincia del Neuquén (Conf. Tribunal Superior de Justicia - "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", expte. n° 1701/06).

A todo evento, se aclara que cada demandado deberá responder en función del porcentaje de responsabilidad que se les ha asignado.

Respecto de las aseguradoras, la sentencia será efectiva en los límites de la contratación (cfr. "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483; las causas CSJ 166/2007 (43-O)/CS1 "Obarrio, María

Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros” y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 “Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro”, del 4 de marzo de 2008 y “Miño, Oscar Alberto c. Aquino, Antonio Orlando y otros s/ daños y perjuicios”, 16/02/2016; ver esta Sala en “Paredes c/Retamal”, Expte 401226/09).

Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado (conf. art. 71 CPCyC).

Finalmente, propicio rechazar el recurso arancelario respecto a los honorarios de los peritos.

En atención a la revocación parcial de la sentencia, déjese sin efecto la regulación de honorarios de los letrados y procédase a una nueva regulación.

**TAL MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido, reconociendo legitimación a Lucas Damián González para reclamar los daños producidos en el vehículo Volkswagen Senda, y en consecuencia, condenar a los codemandados, **Hernán Luciano Medina, Bacs S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros** a abonar al nombrado, en función de la responsabilidad que les ha sido atribuida (1/6), la suma de **\$ 2.666,66**, y a los codemandados **UOCRA e Instituto de Seguros S.A.**, a abonar al nombrado, en función de la responsabilidad que les ha sido atribuida (1/6), la suma de **\$ 2.666,66**.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso respecto del daño físico y moral padecido por la menor A. M. J. G., condenando a **Hernán Luciano Medina, Bacs S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros** a abonar, en función de la

responsabilidad que les ha sido atribuida (1/6), la suma de \$ **86.250,50**, y a los codemandados **UOCRA e Instituto de Seguros S.A.** a abonar, en función de la responsabilidad que les ha sido atribuida (1/6), la suma de \$ **86.250,50**.

3) Las sumas condenadas devengarán intereses desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago, conforme los términos expuestos en los considerandos.

4) Rechazar los restantes agravios formulados, como así también el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.

5) Rechazar el recurso arancelario respecto de los honorarios de los peritos.

6) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (conf. art. 71 CPCyC).

7) Dejar sin efecto los honorarios regulados a los letrados en la sentencia recurrida y readecuar los mismos en los siguientes porcentajes: Dr. ..., en su doble carácter por los actores, en el 18%, para el Dr. ... y ... en su doble carácter por Bacs S.A. y la aseguradora San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales en el 6,72 % en conjunto y Dres. ... y ..., patrocinantes de las mismas partes, en el 3,74 % en conjunto; Dr. ..., en su doble carácter por la UOCRA, en el 10,44 %; Dr. ..., apoderado de Instituto de Seguros S.A., en el 2,98 %; Dres. ..., ... y ... (éste último hasta fs. 416), en el 3 %, 3 % y 1,46 % respectivamente (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 20, 39 y ccs. de la Ley 1.594 modificada por Ley 2.933).

8) Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

9) Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**