

En la ciudad de General Roca, a los 25 días de julio de 2014. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "HUENCHUPAN NILDA ESTHER C/ MONSALVEZ CAYUL NELSON HUGO Y OTRAS S/ ORDINARIO" (Expte. N° 709-09), venidos del Juzgado Civil nro. UNO, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO DIJO: Contra la sentencia definitiva de fs. 247/253, que ha rechazado la demanda, se ha presentado la parte actora apelando la misma –a fs. 271/273 vta.-; contestado por la citada en garantía “Aseguradora Federal Argentina S.A.” –fs. 275/280 vta.-

1.- Señala inicialmente el apelante su discrepancia con el enfoque –que entiende equivocado- de la sentenciante, tanto en lo que concierne a la atribución de responsabilidad, como también en torno a las implicancias de la resolución penal sobre estos actuados.-

Manifiesta que en un pasaje de la sentencia se postula que la parte actora no ha logrado producir prueba idónea para acreditar la culpabilidad del codemandado en el accidente objeto de la litis; como se agravia.-

Cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como también de esta Cámara de Apelaciones, de los que resulta el criterio contrario, en función de la teoría del riesgo creado –art. 1.113 del C.C.- por la cual es carga del demandado la de demostrar la ruptura del nexo de causalidad generado por el obrar de la víctima, y no a la inversa, como ha acontecido.-

En referencia a la cuestión penal, entiende el apelante que la Sra. Juez ha equivocado el enfoque, teniendo en cuenta que el sobreseimiento dictado en el fuero penal; no impide la condenación civil; en atención a que como es sabido en el fuero penal no es posible la culpa concurrente, que a todo evento pareciera desprenderse del sentido de la resolución recaída en ese fuero.-

Sostiene además, que ha mediado. de parte de la sentenciante, una apreciación arbitraria y errónea de la prueba, que equívocamente ha llevado a la declaración de irresponsabilidad del demandado; ya que entiende que el mismo condujo con negligencia, imprudencia e inobservancia de los reglamentos y deberes a su cargo.-

En tal sentido, señala que la sentenciante ha consignado que, según la pericia, el demandado conducía a una velocidad no excesiva, entre 65 y 75 kms./h.; desatendiendo que habida cuenta de la proximidad de la ruta 22, había un cartel indicador de velocidad máxima de cuarenta kilómetros por hora, tal como lo ha puesto de manifiesto el perito a fs. 153, en orden al artículo 52, inciso 2º, apartado “B” de la ley nacional de tránsito N° 24.449.-

Desde otro punto de vista, que del acta de procedimiento de fs. 1/3, consigna las huellas de efracción; una, a veinte centímetros de la banquina, otra, a veintiséis centímetros desde la ruta hacia la banquina; una tercera, a tres metros cuarenta centímetros, ya en la banquina y la última, a un metro cuarenta, sobre la banquina; lo que a su juicio significa que la bicicleta salió despedida veintidós metros desde la banquina.-

Que también, cabe señalar el reproche de la agraviada, respecto de la valoración probatoria de la sentenciante, en referencia al testimonio de Dell’Orfano; quien ha variado significativamente su testimonio en esta sede, en referencia al prestado ante la justicia penal; todo esto, pese a que la misma Juez ha señalado las imprecisiones y los olvidos del testimonio; todo esto, sin perjuicio que el mismo testigo, también taxista, se había ubicado en un lugar del taxi antirreglamentario.-

Señala también el apelante que la Sra. Juez de grado, ha minimizado el deber de todo conductor profesional que se desempeña en esta zona, de prever la circulación de ciclistas, por ser una circunstancia tan común.-

Por otra parte, se manifiesta en la sentencia que la infortunada víctima circulaba sin los elementos necesarios para su seguridad, en horario nocturno, entre otras consideraciones; cuando de la prueba no resulta así; teniendo presente que en la pericia se informa sobre los elementos refractarios en la bicicleta y en la persona del Sr. Sánchez.-

A su vez, no se aprecia frenada alguna de parte del taxista, resultando esto revelador en torno a que no apreció la circulación de la bicicleta por delante, sino hasta el impacto; alertando el perito que con el contraste de las luces de la rotonda cercana –rutas 22 y 6-; de conducir atento, debiera haberlo percibido.-

Que en definitiva, el taxista no se desempeñaba con el cuidado y previsión propio de un conductor profesional .-

Por último, cita un fallo –“Díaz, Alfredo c/ Murad, Angel Daniel y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 9195/04); en el que el suscripto como juez de primera instancia, se ha expedido en pronunciamiento que el actor considera útil hacia su interés procesal.-

2.- A fs. 275/281; obra la presentación de la citada en garantía “Aseguradora Federal Argentina S.A.”; contestando los agravios mencionados en los párrafos precedentes.-

Se ocupa de los agravios de su contraparte, diciendo que ya sea porque la actora debiera probar la culpa del demandado, o bien porque la carga de la prueba recayese en la demandada; lo cierto y concreto es que en ambos fueros y merced a las probanzas que describe, queda en claro que la responsabilidad en el siniestro ha sido totalmente de la víctima.-

Que su parte ha probado acabadamente la eximente de responsabilidad por la culpa de la víctima; habiendo quedado suficientemente probado que el último, circulaba en horario nocturno, en el mismo sentido de marcha del demandado, aunque sin luces ni ropa refractaria.-

Que de la prueba rendida, surge que el automotor se encontraba en óptimas condiciones de conservación y uso; a la vez que su conductor se desplazaba en forma correcta y reglamentaria, por el carril que les correspondía, a velocidad reglamentaria; enfatizando que la velocidad permitida en ese sector es de 110 kms./h; no resultando cierto que la limitante de 40 kms./h. rigiera en el lugar; ya que ese cartel se encuentra a doscientos metros desde donde ocurrió el siniestro, y próximo a la rotonda de rutas 22 y 6.-

Enumera posteriormente las faltantes de equipamiento que a la luz del art. 40 bis de la ley de tránsito, deben observar en su rodado los ciclistas; tales como el sistema de rodamiento, dirección y frenos; los espejos retrovisores en ambos lados, timbre, bocina o similar, casco, luces y sistema refractario, entre otros.-

Puntualiza que el ciclista carecía de casco, la bicicleta no tenía espejos retrovisores ni luces; ropa suelta y oscura.-

Señala posteriormente los incumplimientos que atribuye al ciclista en función de los artículos 46 y 52, señalando que al prohibir la ley circular por sobre las rutas a velocidad menor que 40 kms./h.; implícitamente está prohibiendo la circulación de las bicicletas sobre las rutas.-

Dice que el art. 31, inciso 2º de la ley de tránsito, deja en claro que los velocípedos, deberán llevar una luz blanca hacia adelante y una roja hacia atrás.-

A su vez, refuta que no es cierto que la Sra. Juez haya resuelto rechazando la demanda, compelida por una deficiente interpretación de la prejudicialidad y del verdadero alcance del sobreseimiento recaído en el fuero penal; sino que ha resuelto en atención a la prueba reunida en el trámite; reveladora de la culpa de la víctima.-

Posteriormente, trata la cuestión relativa al cartel de velocidad máxima de 40 kms./h;

negando que tuviera vigencia para el lugar donde se produjo el siniestro; señalando también que conforme lo que se desprende de la prueba, el embestimiento se produjo sobre la cinta asfáltica, lugar que entiende reservado solo para la circulación de los vehículos propulsados a motor, entendiéndose además vedado el desplazamiento de bicicletas.-

Por otra parte, contesta la acusación relativa a que la sentenciante, criticara el testimonio de Dell'Orfano, aunque lo finalizara considerando; circunstancias que a su criterio no constituyen una contradicción; ya que si bien hay variaciones entre las declaraciones prestadas en ambos fueros, debe darse preponderancia a la prestada en sede penal, por resultar más próxima al evento dañoso. En tal sentido, debe meritarse los dichos del testigo, en orden a que afirmó que estaba oscuro y vieron al ciclista a cinco metros de distancia antes de producirse el hecho.-

Manifiesta que la actora denuncia la prohibición de sentarse en el asiento del acompañante del citado testigo; mas no dice esa parte en virtud de que norma jurídica se encuentra establecida esa prohibición.-

Señala que el hecho de la circulación del ciclista con “ojos de gato” en la bicicleta, no implica que lo hubiera hecho en condiciones reglamentarias, atento el faltante que se vislumbra en relación al art. 31 de la ley de tránsito.-

Reitera que la víctima ha contribuido en la generación de su propio daño, al circular de manera antirreglamentaria, por la noche y sobre una ruta provincial, en una zona oscura y sin luces.-

Cita jurisprudencia, para concluir luego en que el hecho se hubo producido por la exclusiva culpa de la víctima, por lo que el rechazo de la demanda se imponía por una deducción lógica surgida del análisis de la prueba, sobre las bases de la sana crítica; finalizando que ha quedado suficientemente acreditada la ruptura del nexo de causalidad generada por la exclusiva culpa de la víctima, en función de la eximente establecida sobre el particular en el art. 1.113 del Código Civil; correspondiendo por ende confirmar la sentencia de primera instancia.-

3.- La parte actora encuentra agravio en las consideraciones de la sentencia que han culminado con la atribución de la responsabilidad de la infortunada víctima en su propio daño, en los términos del art. 1.111 del Código Civil; que a la postre determinara el rechazo de la demanda.-

Desde diversos ángulos, aporta fundamentos con el propósito de revertir el resultado obtenido hacia su pretensión en primera instancia, tanto reprochando la consideración

hecha respecto del alcance e implicancia de las actuaciones ventiladas en el fuero penal, como también desde la óptica de la valoración de la prueba realizada por la magistrada, en relación a la obtenida en este fuero civil; como también respecto de la subsunción en derecho en torno a la base fáctica del luctuoso evento.-

Analizadas las constancias emergentes de los autos penales, surge claro que allí no se niega la existencia del hecho, ni la participación del ahora demandado y por lo tanto, no hubieron obstáculos de prejudicialidad para el dictado de la sentencia apelada; en orden a los postulados del art. 1.101, siguientes y concordantes del Código Civil.-

Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, directores del "Código Civil Comentado - Responsabilidad Civil, Arts. 1066 a 1136", Editorial Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. 15 de Septiembre de 2.003, págs. 255/257 y sgtes.- nos ilustran al respecto cuando sostienen: " ... Insistimos en una frase que siempre nos ha parecido elocuente: el proceso civil y el proceso penal transitan por senderos diferentes, en la mayoría de los supuestos. De ahí la escasa influencia de uno sobre el otro... Se observa en la norma - art. 1.103 C.C.- una diferencia en el tratamiento de las cuestiones que hace el art. 1.102 para el supuesto opuesto que es el de la condenación del acusado en el juicio criminal. En este caso, la norma literalmente interpretada está señalando que en el proceso civil no se puede contradecir lo que se expuso en el proceso penal sobre la existencia del hecho y sus características esenciales. Queda claro entonces que aquí lo que actúan con efectos prejudiciales y condicionantes de la sentencia civil es la existencia del hecho principal, el que no puede controvertirse en sede civil. Pero asimismo ninguna otra situación del proceso penal o de la sentencia penal se proyecta con efectos decisivos sobre el proceso civil, sin perjuicio del valor probatorio que pudiera tener ese expediente penal. Aquí nuevamente hay que señalar que esta norma sienta un principio que debe ser analizado y aplicado cuidadosamente y atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto. No se lo puede aplicar como una norma que contiene un principio dogmático, cerrado y abstracto; todo lo contrario, debe ser su aplicación acorde a las características del caso. Otra cuestión importante a tener en cuenta es que hay que ver como se llegó en el proceso penal a la sentencia absolutoria. Luego de leer detenidamente la misma se observará si esta absolución guardó relación directa con la inexistencia del hecho imputable al demandado o con alguna otra característica del proceso que lo desvincule del hecho principal. No parece que el legislador haya querido cerrar la cuestión sobre el análisis de la culpabilidad del absuelto en sede penal y posible absuelto o condenado en sede civil, ya que esta cuestión no se encuentra cerrada como si lo está en el art. 1.102,

donde además de la existencia del hecho penal no se puede impugnar la culpa del condenado. De manera tal que en este proceso, donde tenemos una sentencia penal absolutoria, si podemos probar y perseguir la culpa del absuelto en sede civil. En este sentido, se habría sostenido que entre el art. 1.102 del Código Civil que regla los efectos de la sentencia penal condenatoria y el artículo 1.103 que se refiere a los de la sentencia penal absolutoria, ambos en sede penal, existe una marcada diferencia. En el primero se mencionan dos calificaciones, cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil: La existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado; en cambio, en el 1.103 solo se menciona una sola calificación que, establecida en la causa penal, hace cosa juzgada en sede civil, y es la referida a la inexistencia del hecho principal sobre el que recayó la absolución, a la que se equipara en este tema la ausencia de la calidad de autor en el imputado, lo que equivale a la inexistencia del hecho...Es importante reiterar en todo momento que hay que observar cual ha sido el motivo utilizado en sede penal para absolver al imputado, ya que no podemos hacer una exégesis irrazonable de la sentencia penal absolutoria y proyectar sobre la sentencia civil elementos aislados de la causa penal ... La autoridad de cosa juzgada reconocida por el artículo 1103 a la sentencia penal absolutoria en cuanto alude a la existencia del hecho principal, refiere a la materialidad de los hechos y la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa e impiden rever en sede civil la declarada inexistencia del hecho principal, pero no vinculan sobre la existencia o inexistencia de culpa del absuelto".-

En suma, la magistrada, ha estado en condiciones de valorar el hecho sin limitaciones; y componer la atribución de responsabilidad de acuerdo a su criterio; desde que la mecánica del accidente resulta clara en ambos trámites; por lo que sus valoraciones son libres y no condicionadas por una distinta contemplación del hecho y los protagonistas, formulada en el fuero penal .-

Dicho esto, cabe señalar no obstante, que no comparto el enfoque dado al caso en el grado, en virtud del cual se ha arribado a un resultado con el que difiero parcialmente.-

No se ha controvertido que el día 28 de diciembre de 2.008, aproximadamente a las 22,20 hs. -la prevención toma conocimiento del hecho a esa hora, conforme se consigna a fs. 1 de los autos penales.- el Sr. Gustavo Ariel Sánchez se movilizaba en una bicicleta por el trazado asfáltico de la ruta provincial 6, en sentido norte-sur; transitando por el carril oeste, a escasos centímetros de la banquina -conforme las efracciones detectadas por la prevención penal-. En el mismo sentido de marcha y por detrás, lo hacía el

automotor Ford Fiesta, GFH-031, afectado al servicio de radio taxi, conducido por el Sr. Nelson Hugo Monsalvez Cayul, propiedad de la Sra. Angélica de Jesús Toro Montecino y asegurado en "Federal Seguros S.A."

Tanto el conductor del taxi, como el pasajero, Sr. Alfredo Anibal Dell Orfano, refirieron no haber visto al ciclista, sino cuando los separaba cinco metros, previo a la colisión; circunstancia que explica la inexistencia de huellas de frenada -sin perjuicio de la explicación dada por el perito accidentólogo en autos sobre el particular.-

El siniestro tuvo ocurrencia aproximadamente a una distancia de doscientos metros respecto de la rotonda que comunica las rutas nacional 22 y provincial 6; hallándose presente un cartel que prohibía la circulación por encima de los 40 kilómetros por hora; habiéndose determinado pericialmente en estos autos, una velocidad de circulación del taxi, entre 65 y 75 kms./h.-

El ciclista se desplazaba sobre el asfalto, aunque bordeando la banquina, con una bicicleta que poseía elementos refractarios -ojos de gato- tanto en los pedales como en el asiento; aunque sin luces, entre otros faltantes reglamentarios, exigidos para la circulación por el art. 40 bis de la ley nacional de tránsito.-

Sobre esta base fáctica, se ha rechazado la demanda, al entenderse en el grado que -sin perjuicio de la terminología empleada- la víctima fue la responsable -en forma total- de su propio daño.-; sin que se haya demostrado la culpa del conductor del conductor del taxi, como postula en el párrafo final de fs. 250 vta.-

Es claro que el punto de partida es el inverso, en torno a la carga de la prueba; ya que en función del riesgo creado y el consabido artículo 1.113 del Código Civil; obraba en la órbita de los codemandados, demostrar la ruptura del nexo de causalidad entre el hecho y el daño, generada, en este caso, por el obrar de la víctima.-

Así se ha dicho:

Jurisprudencia de la Nación Comercial DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ACCIDENTE DE TRANSITO COLISION RODADOS EN MOVIMIENTO AUTOMOTOR Y BICICLETA ENCUADRE JURIDICO "A los efectos de determinar la indemnización por daños y perjuicios, en el supuesto de embestimiento entre un automotor y una bicicleta, la responsabilidad del conductor del vehículo se encuentra dentro del territorio ordenado por el cciv 1113, parr. 2º, pues la regla del "riesgo creado" disciplina la atribución de responsabilidad, por el hecho de las cosas, y constituye un parámetro en la materia, ya que quienes se sirven de un automóvil, aceptan la posibilidad de hechos que en el curso

ordinario de las cosas se presentan; como por ejemplo, la circulación de ciclistas" (cciv 901, 906 y 1113, 2used parr.). Autos: GODOY CARLOS C/ ETCHEVERRY MARIA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - Ref. Norm.: C.C.: 1113 C.C.: 901 C.C.: 906 - Mag.: DIAZ CORDERO - PIAGGI - MORANDI - Fecha: 29/09/1993 - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires Civil y Comercial ACCIDENTE DE TRANSITO - COLISION AUTOMOTOR Y CICLISTA. "La mayor peligrosidad representada por el automóvil frente a la bicicleta, lleva a evaluar severamente el riesgo creado por su conductor, más allá de observarse la intempestiva aparición del ciclista en su línea de marcha, de manera que su responsabilidad es inobjetable, aunque morigerada en consonancia con la temeridad mostrada por el ciclista ..." (Referencia Normativa: Cci Art. 1113 Cc0102 Mp 92552 Rsd-160-95 S Fecha: 11/05/1995 Juez: Oterino (sd) Caratula: Oliver, Ismael C/ Sommaruga, Ernesto S/ Daños Y Perjuicios Mag. Votantes: Oteriño-dalmasso - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires Civil y Comercial ACCIDENTE DE TRANSITO - RESPONSABILIDAD CONCURRENTE. ACCIDENTE DE TRANSITO - COLISION AUTOMOTOR Y CICLISTA. "Si la bicicleta en la que circulaba el occiso carecía de luces, esto justifica (en las circunstancias propias del accidente) la atribución del carácter de concausa adecuada al obrar de la víctima. No sólo se trata de la violación de la norma de tránsito que cita el sentenciante. La ausencia de luces en cualquier vehículo que circula de noche significa un grave riesgo para sí, como para los terceros. Y esto es de elemental sentido común; aun cuando las máximas de experiencia universal indiquen que los ciclistas lo ignoren con marcada perseverancia y generalidad" (arts. 1113, Código Civil). Referencia Normativa: Cci Art. 1113 Cc0201 Lp, B 83700 Rsd-234-97 S Fecha: 12/06/1997 Juez: Crespi (sd) Caratula: Sayago, Desideria De Jesús C/ Provincia De Buenos Aires S/ Daños Y Perjuicios Mag. Votantes: Crespi-sosa - LDTextos - Lex Doctor).-

Si bien comparto con la sentenciante que el obrar de la víctima ha interrumpido el nexo de causalidad, difiero con la misma respecto del alcance de la interrupción; que conforme mi criterio solo es parcial.

Es decir, que no es que la actora haya debido probar la culpa del conductor, sino que en función de la teoría del riesgo y los términos del art. 1.113 del Código Civil; los codemandados han debido desplazar la presunción de responsabilidad que les asistía, con la acreditación de la ruptura del nexo de causalidad provocada por la víctima, o de

un tercero por quien no debían responder.-

Desde la autorizada opinión doctrinaria de Alberto J. Bueres y Elena Highton - “Código Civil ...”, t. 3 A, editorial Hammurabi, Bs. As., noviembre de 1.999, pág. 543/544”, en cuanto comentan el art. 1.113 del Código Civil, surge que “... Los requisitos que deben estar presentes para que se configure la responsabilidad que nos ocupa, son los siguientes: 1.- Intervención activa de la cosa riesgosa o viciosa, o que el daño provenga de la actividad desplegada, 2.- Daño resarcible, 3.- Relación de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño. La carga de la prueba sobre dichos elementos pesa sobre el actor, que reclama el resarcimiento de los daños sufridos ...”.-

Se ha dicho:

Jurisprudencia de la Provincia de Chubut ACCIDENTE DE TRANSITO-RESPONSABILIDAD CIVIL-NEXO CAUSAL ".todo vehículo en movimiento constituye una cosa que crea riesgo, por lo que el dueño o guardián responderá por los daños que haya ocasionado a otro, salvo que medie alguna de las causas eximentes que menciona el art. 1113 del Código Civil, no existiendo en dicha regla distingo en orden a la colisión de dos cosas riesgosas. En su consecuencia, la responsabilidad del demandado no depende entonces de la prueba de su culpa, sino que resulta menester determinar y fijar el factor de atribución como elemento de la responsabilidad civil, pudiendo eximirse el dueño o guardián de la cosa riesgosa que causó el daño si acredita la fractura del nexo causal entre su acción y el daño en razón de la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder".(Autos: B., S. E. C/ E., E. E. S/ Daños y Perjuicios - - N° Fallo: 12150104 -Ubicación: Esquel - Tipo de fallo: Sentencia - Mag. : Claudio A. Petris - Jorge Luis Früchtenicht - - Camara Civil, Comercial, Laboral Y Minería - - Fecha: 06/06/2012 - LDTextos - Lex Doctor).-

Queda entonces en claro que los extremos que debía probar la víctima, han quedado acreditados en tanto no puede dudarse que el taxi ha intervenido en el hecho -como cosa riesgosa-, que el daño –ocasionado por el contacto con la cosa riesgosa- surge diáfano - dado el fallecimiento de la víctima y los perjuicios que así se desprenden en torno a la actora, su madre- y por último, en cuanto a la relación de causalidad; es aquí donde aparecen matices que deben tratarse con detenimiento.-

En esta tesitura, ambos protagonistas directos del infortunado hecho, aportaron a su acaecimiento; con lo cual desde ya adelanto he de proponer al acuerdo se considere como solo parcialmente interrumpido el nexo de causalidad, provocado por el hecho de la víctima.-

Esto, porque el Sr. Sánchez circulaba sin los elementos necesarios para resguardar su seguridad, exigidos por el art. 40 bis de la ley 24.449 -(Artículo incorporado por art. 7° de la ley 25965 B.O. 21/12/2004); que establece como requisitos indispensables para circular con bicicletas, que el vehículo tenga: a) Un sistema de rodamiento, dirección y freno permanente y eficaz; b) Espejos retrovisores en ambos lados; c) Timbre, bocina o similar; d) Que el conductor lleve puesto un casco protector, no use ropa suelta, y que ésta sea preferentemente de colores claros, y utilice calzado que se afirme con seguridad a los pedales; e) Que el conductor sea su único ocupante con la excepción del transporte de una carga, o de un niño, ubicados en un portaequipaje o asiento especial cuyos pesos no pongan en riesgo la maniobrabilidad y estabilidad del vehículo; f) Guardabarros sobre ambas ruedas; g) Luces y señalización reflectiva.”.-

Habiendo ocurrido el hecho en horario nocturno, resulta incontestable que la falta de luces en la bicicleta, la carencia de casco y ropa adecuada -chaleco refractario- y de espejos retrovisores, implicaron carencias que favorecieron lamentablemente la ocurrencia del hecho y magnitud del daño; y en este sentido, esos faltantes excedieron la mera infracción legal, configurando circunstancias predisponentes del hecho.-

En la oportunidad de contestar los agravios de la parte actora, la citada en garantía desarrolla su defensa, mencionando el articulado de la ley nacional de tránsito, que -sin perjuicio del ya desarrollado 40 bis- en sus artículos 31, inc. “i”, apartado 2°, -en cuanto exige una luz blanca delantero y una roja trasera, para las bicicletas-; agrega las prohibiciones de circulación que entiende abarcativo de las bicicletas, en función del art. 46 y del art. 52; en función de la velocidad mínima obligatoria en el rodado menor.- Analizado así el aporte causal de la víctima en el hecho, el mismo no desplaza en forma total el nexo de causalidad, sin que por lo tanto se extienda la exculpación en la forma pretendida por la codemandada.-

Ocurre que la Sra. Juez ha valorado -en mi criterio- erróneamente la prueba colectada; ya que ha considerado inocuo el aporte causal del conductor del taxi -y por añadidura del titular registral- en los términos del art. 1.113 del C.C.- y no ha sido así.-

Mas allá de lo que se ha criticado en torno a la circulación del ciclista, en condiciones antirreglamentarias y sin perjuicio del lugar en que lo hacía; de la pericia accidentológica realizada por el perito Giambirtone, surge claramente que el taxista se desplazaba a una velocidad "no precaucional", es decir que sin perjuicio del rango detectado -entre 65 y 75 kms./h- y la existencia del cartel de "máxima 40 kms/h.-; la detectada no le ha permitido conservar el debido control sobre el rodado que conducía.-

El perito accidentólogo Sr. Francisco Jose Giambirtone, dijo textualmente y con meridiana claridad a fs. 160, que “La velocidad no era una velocidad precautoria, fíjese V.S. que no atino a efectuar una maniobra de esquite sino que a la velocidad que circulaba antes de la colisión siguió su rumbo colisionando a la bicicleta, sobre la parte trasera ... Por lo que digo que todo sucede muy rápido , y esto demuestra que el conductor del vehículo posiblemente no vió al ciclista, por las condiciones lumínicas de la zona (era de noche). El ciclista de acuerdo al relevamiento policial, circulaba por el borde derecho de la carretera con sus elementos reglamentarios (ojos de gato) tanto en la bicicleta como en su persona...”.-

A su vez, y consultado que fuera a fs. 146, a través de la pregunta “1.2.7” acerca de “Si la luminosidad o ubicación de las luces y los elementos refractarios de la bicicleta conforme las constancias de la causa penal le pudo permitir al conductor del vehículo visualizar al ciclista, la bicicleta o su silueta”; respondió a fs. 162: “Si, salvo que se hubiera encontrado encandilado por otro vehículo que circulaba de frente”.-

Cabe agregar que de las actuaciones desplegadas en ambos fueros, no ha quedado constancia de la presencia de un tercer vehículo que hubiera encandilado al taxista al momento de ocurrir el hecho.-

Asimismo, ratificó tales dichos a fs. 183, cuando expresó el perito que el automovilista debiera haber visto a la víctima, porque tenía “elementos llamativos para la noche”.-

Todo esto, sin perjuicio que en la misma foja 183, respondiendo al pedido de aclaración de la actora, expresó que “la velocidad de circulación debe ajustarse a la (*) cartelería existente, por lo tanto la máxima era de 40 km/h”.-

(*) se infiere así ante el error de tipeo.-

Previamente, el perito había aclarado que la velocidad a la que pudo haber circulado el táxi al momento del embestimiento, oscilaba entre una mínima de 65 kms./h. y una máxima de 75 kms./h.-

Que la citada en garantía impugnó la pericia accidentológica a fs. 167/169; criticando el método utilizado por el perito para determinar la velocidad del automotor, mas no parece científicamente equiparable su mero disconformismo.-

Por lo demás, allí -8º párrafo de fs. 168- se llega a sostener textualmente -y antes que el estupor, prefiero inferir un error de redacción-, que: " ...La presencia de una bicicleta en una ruta provincial, no es una razón por la cual se deba circular a una velocidad precautoria ...".-

Por el momento, y sin perjuicio que luego volveré sobre este desarrollo, basta con

señalar que en ningún momento, sean cuales fueren las circunstancias de conducción, debe despreocuparse el conductor respecto de mantener una velocidad que no le prive el control sobre el rodado; no solo en resguardo de terceros, sino también en función de su propia seguridad.-

Lisa y llanamente entonces, de acuerdo al dictamen pericial -que debe prevalecer ante la impugnación, manteniendo su potencialidad convictiva-, el automovilista circulaba a excesiva velocidad, no manteniendo una velocidad precaucional, pudiendo haber visto al ciclista, de haber ido suficientemente atento.-

Esto último, es decir el cuestionamiento en torno a la atención en el manejo que pudo haber observado el Sr. Monsálvez Cayul; ha sido puesto en crisis por los mismos dichos del testigo Alfredo Aníbal Dell Orfano, testigo presencial del hecho, que acompañaba al primero como pasajero del taxi, aunque sentado en el asiento delantero derecho. He de traer a colación sus primeros dichos -fs. 27 y vta. del sumario preventivo-; prestados el 30 de diciembre de 2.008, ante la prevención policial, a las 11 hs., que por la proximidad con el hecho, se infieren como los más fidedignos, respecto a sus posteriores declaraciones.-

Dijo el testigo en ese momento que cuando estaban a 200 metros de la rotonda con la ruta 22 el taxi colisiona con un ciclista que venía por la cinta asfáltica, que la visibilidad no era buena porque era de noche y no había luz artificial, que la bicicleta circulaba por encima de la cinta asfáltica, por el margen oeste, en sentido norte sur; que vieron al ciclista cinco metros antes del choque, e intentó esquivarlo sin éxito; aunque también señaló -esto si textualmente- que "... Al momento de la colisión veníamos charlando con el chofer por lo que venía algo distraído y quizás por eso no vi la bicicleta antes ..."; agregando que venían a ochenta kilómetros por hora, aunque bajando la velocidad porque se acercaban a la rotonda.-

A esta altura del relato, y habiendo ya dejado en claro que el accionar de la codemandada no es inocuo, creo prudente señalar que la responsabilidad que ha de recaer en el Sr. Monsalvez Cayul, contiene un elemento que la acentúa y no es otro que su condición de chofer profesional; habida cuenta de la licencia expedida a su favor -fs. 23 y vta. de los autos penales- de donde surge la habilitación para el transporte público.-

Es decir que en tales condiciones, el reproche a su respecto debe potenciarse en función del art. 902 del Código Civil, que determina un mayor rigor en el análisis de la causalidad y en las consecuencias, cuando las circunstancias del caso imponen el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.-

Nos dicen Alberto J. Bueres y Elena I. Highton -"Código Civil ...", t. 2 B, pág. 432/433; al comentar el precepto legal que aquí ocupa: "... El artículo está referido a un mayor grado de imputación de las consecuencias en virtud de los conocimientos especiales que se le pueden atribuir al agente. Con lo cual pone un ingrediente subjetivo para analizar el presupuesto de la causalidad ... Asimismo se aplica el criterio cuando las condiciones objetivas o circunstancias que rodean el hecho también dan lugar a juzgar con mayor estrictez el nexo causal...".-

En este orden de ideas, y yendo al contexto geográfico y temporal en que ha ocurrido el hecho, vale decir que ha acontecido un 28 de diciembre aproximadamente a las 22,20 hs., en el ejido urbano de General Roca, en una zona que es cercana a la confluencia de las rutas 6 y 22.-

La parte codemandada en sus presentaciones, propone un contexto que no se condice con el existente en el caso y de este modo pierden validez sus fundamentos.-

El accidente no ha ocurrido una noche de invierno en un sector de ruta abierta, alejado de toda urbanización, donde es ciertamente improbable que por delante del vehículo que se conduce, se desplace una bicicleta por el medio del carril.-

En esa hipótesis creo que es previsible la inexistencia de margen para evitar el desenlace y muy posiblemente, el hecho de la víctima –en esa hipótesis- tenga eficacia para interrumpir totalmente el nexo de causalidad.-

Aquí, por el contrario, el accidente tuvo lugar en un tramo de la ruta provincial N° 6, que es una zona rodeada de urbanización y muy transitada por vehículos de distinta naturaleza y porte y en una tarde noche de un domingo de verano, en la semana de las fiestas de fin de año, con mayor razón.-

Todo esto, sin dejar de reparar que es una zona de tránsito de ciclistas que a esa altura del año pueden dirigirse a las chacras, etc.-

No puede un taxista de General Roca, ignorar la posibilidad de que por la ruta 6 –en proximidades de la ciudad- se desplace algún ciclista por delante y por ello se impone circular a una velocidad precautoria.-

En esta sentencia, si bien se aminora el rigor de la primera instancia sobre esa apreciación, se sostiene la pertinencia de la ruptura del nexo de causalidad generado por el hecho de la víctima, atento la circulación del ciclista sobre la cinta asfáltica y solo con ojos de gato que delataran su presencia.-

Mas, cualquier automovilista, sabe que verdaderamente es una “rareza” encontrar bicicletas circulando que posean una luz delantera blanca y una trasera roja, como

obliga la ley nacional de tránsito; normativa que por otra parte, ignora a la bicicleta como medio de locomoción y –si se me permite la licencia- cierra los ojos ante la realidad evidente que implica la nutrida cantidad de transeúntes que se desplazan por ese medio; ante otra verdad también indiscutible que es la inexistencia de “bicisendas” en la generalidad del territorio nacional.-

El Superior Tribunal de Justicia, ya varios años atrás, supo apreciar esta situación, relacionada con lo que se conoce como “principio de confianza”; al sostener que "Quien tiene a su cargo la conducción de un vehículo, asume sobre sí la posibilidad cierta de la ocurrencia de sucesos que, en el curso ordinario del tránsito, puedan presentarse de manera más o menos imprevista. Así, la aparición de la figura del peatón distraído o - en este caso - del ciclista desaprensivo, son hechos que acaecen, si no normalmente, al menos ocasionalmente y el conductor debe estar lo suficientemente alerta como para sortear esas emergencias, salvo, por supuesto, casos excepcionales" (SCJBA en "SARDA", Se. del 21-11-01). (Voto del Dr. Sodero Nieves). (Número de Texto: 43376 STJRNSP: SE. <81/04> "B., R. A. psa Lesiones culposas s/ Casación", (Expte. N° 18833/03 - STJ), (06-05-04). SODERO NIEVAS – LUTZ – MATURANA (SUBROGANTE) Sumarios Relacionados: 43032 - LDTextos - Lex Doctor).-

Debo decir, por otra parte, que la parte actora trae a colación un fallo dictado por el suscripto cuando era juez de primera instancia, en los autos “Díaz c/ Murad”; en el que en un accidente con notoria similitud con el presente, en torno a su mecánica de ocurrencia, factor geográfico y protagonistas; donde se atribuyó la responsabilidad total en el evento a los codemandados; con posterior confirmación de esta Cámara en su anterior integración.-

En ese caso, también resultó embestido un ciclista que circulaba por una ruta –sin cruzarse como en este caso- mas la diferencia estuvo en que aquel hecho ocurrió aproximadamente a las nueve de la mañana y en verano, con lo que la visibilidad del ciclista no estaba en discusión, y era absolutamente despreciable la incidencia que pudo tener el equipamiento de seguridad, en torno a la portación de luces y elementos refractarios en la bicicleta. Allí está la diferencia que motivó la distinta resolución.-

También cabe decir, que en un reciente fallo de esta Cámara, en el que he tenido el primer voto; en autos “Loncoñanco c/ Salas”, he considerado ajustado a derecho confirmar la sentencia del mismo tribunal de grado que el actuante en los presentes, donde se había rechazado la demanda; en tanto y en cuanto allí, el infortunado ciclista, desplazándose por la banquina, abruptamente ascendió a la cinta asfáltica de la misma

ruta 6 –aunque en el sector entre Paso Córdoba y la rotonda de ruta 22- para intentar una especie de giro en “u”, sin percatarse de la marcha del demandado, quien lo embistió ante la intempestiva obstrucción del carril.-

En el caso que aquí convoca, el ciclista, que se desplazaba por el pavimento, bordeando la banquina en ningún momento se cruzó, es decir que no obstruyó el carril de marcha del taxista y la mejor evidencia de ello la configuran las fotografías de la bicicleta y el automotor, y los croquis elaborados por la prevención policial en los autos penales y el del perito accidentólogo en los presentes.-

Por último, en los autos "Suarez, Magdalena c/ Elosegui, Maria Antonia s/ Daños y Perjuicios" (Expte.n° 20386-CA-11), este cuerpo en su anterior integración, en sentencia del 03 de agosto de 2.011; donde también se produjo un hecho similar al presente, con el mismo luctuoso resultado que aquí; en el que la taxista involucrada era asegurada por la misma citada en garantía que aquí; se atribuyó la responsabilidad en forma paritaria como he anticipado habré de proponer.-

En suma y por lo expuesto, propongo al acuerdo se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, atribuyendo la responsabilidad solidaria a la codemandada y citada en garantía en la medida del seguro; en un sesenta por ciento, y en el restante cuarenta por ciento a la víctima, como responsable de su propio daño; en función de los arts. 1.111 y 1.113 del Código Civil, sin perjuicio de la restante normativa invocada.-

4.- Que habiéndose revocado parcialmente la sentencia, corresponde seguidamente tratar el resarcimiento del daño, cierto es, en la medida de la responsabilidad ya determinada.-

Lo dicho, teniendo presente que conforme surge de la autorizada opinión de Lino Enrique Palacio -"Derecho Procesal Civil", T. V., pág. 462, editorial Abeledo-Perrot:- " ... Revocada por la cámara , v. gr. la sentencia que rechaza una demanda por indemnización de daños y perjuicios en virtud de haberse admitido una defensa previa, aquélla debe proceder a fijar la indemnización sin más trámite, no siendo necesario, por lo tanto, que el expediente sea devuelto al juez de primera instancia para que se pronuncie sobre el punto ...".-

5.- Ingresando entonces en lo que propone la actora en materia de agravio, en torno al resarcimiento del rubro relativo al daño económico; debe considerarse en el caso el reclamo en tal sentido de la madre de la víctima -que data del año 2.009 y se encuentra sujeto a la variación que pudiere resultar de la prueba y el criterio judicial-, en el contexto existente, de acuerdo al informe social de fs. 114/115 vta. De allí surge que la

víctima era junto a su madre el sostén del hogar integrado además por otros tres hermanos menores -e hijos de la reclamante-; grupo familiar de condición humilde, que habita una vivienda del IPPV.-

El Sr. Gustavo Ariel Sánchez, contaba con treinta años de edad, a la fecha de su deceso y teniendo presente las constancias de fs. 113, 124/6 y otras, había laborado para el establecimiento Canale, para el Sr. Atilio Turcovich, la sucesión del Sr. Raul Rodríguez, entre otros, como portero de frigorífico, peón general por día, según los recibos que datan del mes de noviembre de 2.008.-

A los fines de la determinación del resarcimiento, y teniendo presente que de acuerdo a los precedentes de esta Cámara en lo inmediato, en sintonía con la doctrina legal plasmada por el Excmo. S.T.J.R.N. en autos "Loza Longo c/ R. J.U."; debe contemplarse a valores actuales la indemnización que se vaya a acordar en el caso - atento la naturaleza de deuda de valor de la que aquí se trata.-

Tiene dicho este cuerpo en autos "CARRASCO, MARIA HAYDEE C/ LA ANONIMA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ ORDINARIO" (Expte. N° 465-J.1°-09), en sentencia del 27 de marzo de 2.014, que: "... Por otra parte, en el fallo en cuestión antes mencionado -"Molina c/ Hughes" y también en "Brizuela c/ Hughes, también de reciente publicación- se trata de aplicar pautas de cuantificación ajustadas a la delicada situación económica actual, signada por el proceso inflacionario post-devaluación; con la óptica puesta en atender en su máximo alcance al principio del resarcimiento integral del daño, tratando de que la indemnización conserve el poder adquisitivo; y desde ese propósito, se ha procedido al seguimiento como pauta orientativa -aunque dejando a salvo el prudente criterio y la observancia de las características propias de cada caso y sin dejar de reparar en los criterios que surgen de "Loza Longo c/ R.J.U. al que ya me he referido; como también otros pronunciamientos señeros de este cuerpo, tales como "González c/ Esparza" y "Campos c/ Pochat".-

Decía, que ante esta coyuntura que pone en situación de crisis el mantenimiento de la virtualidad resarcitoria de la sentencia; se sostuvo en "Brizuela c/ Hughes": "... se aplicó simplemente la fórmula de matemática financiera tradicional en la que no se prevé la posibilidad de mejorar los ingresos así como otros factores que entendemos que sí contempla la fórmula que introdujera la sala III de la Cámara Nacional en los autos "Méndez Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro s/ Accidente - Acción Civil", como la expectativa de vida referida.- Corresponde señalar asimismo que esta segunda fórmula es la que convalidara, nuestro Superior Tribunal de Justicia, primero en el precedente

“Perez c/ Barrientos” con la anterior integración (sentencia N° 108 del 30/11/2009) y luego en “Pérez c/ Mansilla y EDERSA” (sentencia N° 23 del 11/06/2013) con voto de los Dres. Mansilla y Barotto (Expte. N° 26320/13), aunque realizando una modificación en relación al interés previsto como renta que lo aumenta al 6%, con el que debo señalar mi discrepancia, de modo especial en una situación de inestabilidad económica tan pronunciada como la actual, desde que tal interés no es la retribución por la mora como parece haberlo interpretado el Dr. Soderó Nievas en la primera de los precedentes referidos, sino lo que se supone que como renta podrá obtener una persona y, no puede decirse que un hombre normal como promedio pueda asegurarse una renta superior al 4%. De cualquier modo como con acierto lo reiterara el Dr. Mansilla en el voto rector de la segunda de las sentencias señaladas, se dijo que “ello de ninguna manera debía interpretarse como la consagración de un criterio rígido de aplicación automática de la fórmula -o de cada una de sus variables- en todos los casos de accidentes o enfermedades profesionales, con total desatención o prescindencia de sus circunstancias particulares”. Entre lo que cabe incluir obviamente la inestabilidad económica profundizada en los últimos meses que sin lugar a dudas lleva a un acotamiento de las alternativas de inversión rentable para una persona común.-

No debemos sujetarnos inexorablemente entonces a dicha fórmula..., pero si tomar la misma como una pauta que acuerda mayor objetividad a la decisión final en la que se buscará atender las particularidades del caso, disminuyendo o aumentando el resultado según corresponde en función de ello ... “. Teniendo presente lo que antecede y al efecto de la cuantificación del caso, y sobre la base de la metodología anticipada, se aplicará la misma computando la edad de la víctima al tiempo del hecho, la incapacidad determinada en el caso del 25 % ; la tasa de interés del 6 % y un ingreso promedio - smsv- de \$ 3.600.- (Pesos tres mil seiscientos); se llega al importe de \$ 100.235,22 (Pesos cien mil doscientos treinta y cinco con veintidós centavos); importe al que se le agregarán intereses del 8 % desde el acaecimiento del hecho, hasta la fecha de esta sentencia y en adelante y hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina conforme doctrina legal emergente del citado precedente “Loza Longo” sin perjuicio del mayor perjuicio que pudiere producirse de no abonarse dentro de los diez días del dictado de la presente ...”.-

De este modo, sobre las bases utilizables en el pronunciamiento del S.T. J.R.N. “Pérez Barrientos ...”, es decir, con una tasa aplicable del 6 %, un cómputo de incapacidad de 100 % y la edad de la actora -30 años-; debe observarse también un ingreso mensual al

efecto del cálculo, que -tal como se ha hecho en los autos "García, Gustavo Ariel y Flores, Sandro Sergio c/ Martínez, Mario Filiberto s/ Daños y Perjuicios (Ordinario)" (Expte. N° 33112-09 - sentencia del 18 de junio de 2.014); entiendo ajustado a las condiciones actuales, estimar en la suma de \$ 6.000.-

Agrego, que en esta cuantificación económica, debemos mensurar el reclamo dentro de los parámetros de la "pérdida de chance".-

Este cuerpo, con su anterior integración, ha resuelto en los autos : "Pinazo, Emilce c/ Municipalidad de Choele Choel s/ Daños y Perjuicios" (Expte.n° 18.182-CA-06 - sentencia del 07 de abril de 2.010), que " ... chance es la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o impedir una pérdida que radica en la frustración de esa oportunidad a raíz del hecho lesivo, que debe tener probabilidad suficiente de que se producirá de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas.-... "se diferencia con el lucro cesante en que en este último se pierden ganancias o beneficios materiales.-En la chance lo que se pierde es la oportunidad de obtener gananciasEl alea juega un papel preponderante como daño futuro y probable posibilidad de beneficios que el hecho ha truncado.- Por ello lo indemnizable no es el beneficio mismo sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer que se habría realizado, ya que el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos.- Hay entonces una cuota de incertidumbre o conjetura ...Para valorar las chances perdidas hay que tener en cuenta que esta se sitúa a mitad de camino entre lo hipotético y el daño ciertola chance en si misma y no el objeto de ella (la ayuda futura).- Es por eso que el resarcimiento es menor que en el daño cierto..." .-

Claro está que en este caso, se trata de una chance de aporte económico de la que la actora se ha visto y verá privada, aunque a futuro con cierta incertidumbre en torno a la posibilidad que pudiere haber mantenido el aportante; dada su joven edad y la previsibilidad de la conformación de una nueva familia con descendencia propia; que hubiera implicado la progresiva disminución del aporte a la madre.-

Todo esto, sin perjuicio que también corresponde detraer la previsión del consumo de parte del ingreso de la víctima, que hubiera destinado a gastos propios de alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.-

Lo expuesto, sin obviar tampoco que no solo era una persona joven el Sr. Gustavo Ariel Sánchez, sino también su madre y aquí actora, que ha nacido en el mes de octubre de 1.958, por lo que cuenta hoy con 55 años de edad; con lo que la edad de ambos, lleva a presumir un umbral de aporte frustrado de por lo menos 25 años.-

Así las cosas, considero pertinente detraer un 40% de la indemnización por estos conceptos y de su resultado, computar la disminución del 40 % en función de la responsabilidad determinada, resultando entonces la suma de \$ 868.000.- (Pesos ochocientos sesenta y ocho mil); importe al que se le agregarán intereses del 8 % desde el acaecimiento del hecho, hasta la fecha de esta sentencia y en adelante y hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina conforme doctrina legal emergente del citado precedente “Loza Longo” y lo ya expuesto, no obstante del mayor perjuicio que pudiera producirse de no abonarse dentro de los diez días de notificado de la presente.-

6.- Forma parte del pretense resarcimiento, el reclamo relativo al daño moral, que la actora pretende sea elevado a valores del año 2.009 -y sujeto a las resultas de la prueba y el prudente criterio judicial- a la suma de \$ 100.000.-; teniendo presente el tiempo transcurrido y las variaciones económicas existentes.-

Por cierto que si bien el juez tiene un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de la indemnización y más aún en lo que respecta al daño moral, como expresara la Dra. Mariani en su voto en la sentencia de fecha 20/09/2013 en Expte. CA-21231, es atinado “tener en consideración las pautas elaboradas por el jurista santafesino Dr. Mosset Iturraspe para la cuantificación del daño moral, que vale la pena ilustrar en el presente estudio del tema: 1.- No a la indemnización simbólica; 2.- No al enriquecimiento injusto; 3.- No a la tarifación con "piso" o "techo"; 4.- No a un porcentaje del daño patrimonial; 5.- No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6.- Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7.- Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8.- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9.- Sí a los placeres compensatorios; 10.- Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida. Y procurando siempre en la medida de lo posible, verificar que los importes que se establezcan guarden relación con los fijados en casos anteriores tal como sostuviera esta cámara con voto de los Dres. Peruzzi y Sosa, hace ya más de dos décadas en el recordado precedente “Painemilla c/ Trevisan” (J.C. T°IX, págs. 9/13).-

Nada nuevo digo si apunto a que el sufrimiento causado en una madre por la abrupta y trágica muerte de un hijo; es seguramente, el mayor al que puede verse expuesto el ser humano; que contraviene el orden natural de la vida; desde que crecemos con la tácita aceptación respecto de la previsibilidad de asistir al fallecimiento de nuestros ascendientes, mas no de nuestros descendientes.-

Se ha dicho:

Jurisprudencia de la Nación Corte DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño moral. "La lesión a los sentimientos afectivos que fundamenta el daño moral se intensifica si se tienen en cuenta las dolorosas circunstancias que culminaron con el trágico fallecimiento de un hijo a una edad temprana" (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni). (Mayoría: Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Argibay Voto: Disidencia: Fayt, Zaffaroni Abstencion: Lorenzetti A. 2648. XXXVIII; ORI Albornoz, Luis Roberto y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios.13/03/2007 T. 330, P. 748 - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACION - MUERTE DE LA VICTIMA - DAÑO MORAL - "La acepción "afección legítima" -dentro del concepto de daño moral- puede no comprender todas las consecuencias que se derivan para los afectados en el ámbito extrapatrimonial. La lesión espiritual puede trascender, conforme a las circunstancias, el dolor experimentado al momento de la muerte por el pariente sobreviviente, conllevando al niño en el caso del fallecimiento de su padre, a una situación de desamparo espiritual, a una pérdida de beneficios afectivos; en el caso de un cónyuge, a la ruptura de un plan de vida y frustración de un elenco de expectativas afectivas; y a los padres, en el caso de la muerte de un hijo, a la mutilación de expectativas existenciales que el hijo tenía y que se convirtieron en propias de sus progenitores; debiendo tenerse presente que la enumeración de posibles consecuencias espirituales disvaliosas dista de ser exhaustiva". (Del Voto del Dr. Falistocco). (Doctrina: Zavala de Gonzáles, Matilde "Daño a las personas, pérdida de la vida humana", 2b, Buenos Aires, 1990, ps 220, 276 y 338) Fecha: 29/12/93 Autos: SULIGOY, NANCY ROSA FERUGLIO DE; SULIGOY, MARCELO JAVIER; SULIGOY, MARIA GABRIELA Y SULIGOY, PABLO LUIS C/ PROVINCIA DE SANTA FE Mag. Vot.: Ulla - Alvarez - Barraguirre - Falistocco - Iribarren - Vigo - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Nación Comercial DAÑOS Y PERJUICIOS. INDEMNIZACION. "Procede hacer lugar a la indemnización por daño moral, por el fallecimiento de un hijo, por cuanto hiere en lo más íntimo el sentimiento y las afecciones de quienes se dicen damnificados por encontrarse en esa situación. En tal sentido, la existencia de la lesión espiritual que torna procedente el resarcimiento del aludido perjuicio, queda demostrada en el caso del padre por el solo hecho de la acción antijurídica, sin que resulte adecuado exigir que se acredite concretamente su producción, pues aquella se presume (CnCom.

Sala d, 3.12.08, "Bobarin Juan Carlos c/ Clínica Materno Infantil de la U.O.M."; CnCom. Sala d, 17.11.09 "Martín, Miguel Angel contra Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina sobre Sumario y Martín Miguel Angel y otros contra O.S.P.I.M"; Cazeaux, P. y Trigo Represas, Ff., "Derecho de las Obligaciones"; t. 1, p. 386, ed. 1979)" (Auto: MEDINA MARIA DOLORES C/ R. F CONSTRUCCIONES CIVILES S/ ORDINARIO. - Cámara Comercial: D. - Mag.:Dieuzeide - Vassallo - Heredia. - Fecha: 25/10/2011 - LDTextos - Lex Doctor).-

En este caso, debe decirse que sin perjuicio del –por si solo- incomensurable daño moral que surge de la pérdida en tan trágicas circunstancias del hijo; debe agregarse que en el caso, se ha tratado de un hijo que –conforme la prueba del informe socioambiental y de la pericia psicológica- era sostén del grupo familiar junto a la actora, comprensiva de otros tres hijos.-

Además, que la actora ha debido presenciar la agonía de su hijo e inclusive autorizar cruentas intervenciones, tal como la señalada en el informe psicológico a fs. 212, 2º párrafo; solo para poder velar a su hijo.-

Todo, contemplando además que como consecuencia del hecho, ha resultado la actora con un cuadro depresivo mayor moderado, sin síntomas psicóticos, de curso crónico, sin recuperación interepisódica, con adecuada causalidad con el hecho; con fuerte repercusión en su vida de relación, a punto tal de haber estado un año prácticamente en cama, sin querer ver a nadie, etc.; consignando además la perito que el período de duelo no lo advierte concluido, pese al tiempo transcurrido –la pericia data del 15/03/12.-

Considero entonces prudente y ajustado a las características del caso, estimar el resarcimiento en la suma de \$ 600.000.- (Pesos seiscientos mil), resarcimiento que por la cuestión de la atribución de responsabilidad, quedará justipreciado en la suma de \$ 360.000.- (Pesos trescientos sesenta mil), importe al que se le agregarán intereses del 8 % desde el acaecimiento del hecho, hasta la fecha de esta sentencia y en adelante y hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina conforme doctrina legal emergente del citado precedente “Loza Longo” y lo ya expuesto.-

7.- El resarcimiento se extiende también al costo del daño psicológico y psiquiátrico, resultando revelador que de fs. 214 vta., consigna la perito que “... En mi opinión el comienzo de un tratamiento psicofarmacológico con un psiquiatra acompañado de una psicoterapia con un psicólogo no sólo es necesario sino urgente. El sufrimiento yoico es elevado y persistente, y si bien no menciona ideas de autoeliminación, se detecta que descuida su salud...”.-

En pericia que ha sido consentida, la perito estimó un tratamiento psiquiátrico y psicológico con una extensión de un año y medio en cada caso; con frecuencia mensual para el psiquiatra y semanal para el psicólogo, con un costo entonces estimado en \$ 300.- y \$ 150.- por sesión.- Teniendo presente que la pericia data de dos años y fracción atrás; estimaré un costo por sesión psiquiátrica de \$ 400.- y de sesión psicológica de \$ 250.-

Todo ello, lleva a considerar un costo por tratamiento psiquiátrico de \$ 7.200.- (Pesos siete mil doscientos) y por tratamiento psicológico de 18.000.- (Pesos dieciocho mil); lo que suma \$ 25.200.- (Pesos veinticinco mil doscientos); que por la cuestión de la responsabilidad, quedará en \$ 15.120.- (Pesos quince mil ciento veinte); con intereses conforme la tasa activa del fallo "Loza Longo", desde esta sentencia y hasta el efectivo pago; atento ser de realización futura.-

8.- No corresponde el resarcimiento por el gasto de sepelio, teniendo presente que a fs.121/128, la empresa "Pedro de Venecia Servicios Sociales" a través del Sr. Jose R. Tonellotto, ha informado –con soporte documental- que el costo total del servicio fue de \$ 3.960.-; de los cuales \$ 3.000.- abonó U.A.T.R.E. y remanente de \$ 960.- por parte del empleador Atilio Turcovich.-

9.- Por último, el costo de la bicicleta, estimado en la demanda en \$ 1.000.-, fue reconocido por el perito como ajustado al de mercado a fs. 162, y determinado a fs. 152/153; a valores de \$ 1.250.-; que teniendo presente el tiempo transcurrido desde la pericia –diciembre/ 2.010- y los valores actuales que han cambiado, estimo prudente otorgar el resarcimiento en la suma de \$ 2.000.- (Pesos dos mil), que por la cuestión de la responsabilidad queda limitado a \$ 1.200.- (Pesos un mil doscientos), con más los intereses determinados para el daño económico y el daño moral, en esta sentencia.-

10.- En suma, ante un cómputo indemnizatorio integral de \$ 2.073.866.- propongo que el resarcimiento quede fijado en la suma de \$ 1.244.319,60 (Un millón doscientos cuarenta y cuatro mil trescientos diecinueve con sesenta centavos); atendiendo a la responsabilidad atribuida, con más los intereses determinados en los considerandos.-

11.- Las costas de primera instancia, atento la atribución de responsabilidad determinada, propongo sean atribuidas en un 40 % a la actora y en el 60 % a la codemandada y citada en garantía -en forma solidaria y en la medida del seguro-, en función del vencimiento parcial y mutuo y el art. 71 del C.P.C. y C.-

Las correspondientes a la segunda instancia, en un 40 % a la actora y en el 60 % restante a la citada en garantía.-

12.- Atento el art. 279 del C.P.C. y C., propongo al acuerdo modificar la regulación de honorarios de primera instancia, en las sumas de \$ 113.500.- y \$ 113.500.-, a favor de los Dres. Oscar Pablo Hernández y Guillermo R. Leskovar Garrigós, por lo actuado como apoderados y patrocinantes de la actora, y de los Dres. Alfredo G. Tomé y Tomás A. Rodríguez; por lo actuado como apoderado y patrocinante de la citada en garantía y patrocinantes de las codemandadas; en las respectivas sumas de \$ 76.272.- y \$ 114.408.- (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 20 y 39 de la ley de aranceles 2.212 – Monto base: \$ 1.244.319,60). Por lo actuado en esta segunda instancia, en el 30 % de los anteriores a los letrados de la actora y en el 25 % a los de la citada en garantía –arts. 6, 7, y 15 L.A.-; debiendo cumplirse con la ley 869.-

Todas estas regulaciones, teniendo presente las tres etapas del proceso transitadas en primera instancia, la complejidad, magnitud y extensión de la tarea, el litisconsorcio representado a favor de la codemandada y citada en garantía y el logro obtenido.-

Regulando a los peritos intervinientes, Francisco Jose Giambirtone, en la suma de \$ 37.500.-, los de la Lic. Patricia Carina Sánchez, en la suma de \$ 8.000.-, los de la Lic. Laura Gabriela Rodofile, en la suma de \$ 16.000.- y los del Dr. Néstor Fernando Andrada en la suma de \$ 3.500.-

Los honorarios del perito Andrada se adecuan al monto final, mas su menor cuantía respecto de los restantes, surge en cuanto a que no se advierte la utilidad de la pericia –fs. 223- siendo que en función de la economía procesal, no tenía ningún sentido producir esa pericia; habida cuenta del fallecimiento del actor

Los honorarios de los peritos se han determinado en función de la extensión y complejidad de la tarea, como también mensurando la trascendencia que han tenido en la resolución del caso y en la consideración de la sentencia –esto es, teniendo como base económica de regulación, la correspondiente a los rubros indemnizatorios en los que han tenido incidencia.-

13.- Así las cosas, propongo al acuerdo:

a) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y revocar de igual modo la sentencia de primera instancia, atribuyendo un 40 % de responsabilidad a la víctima en su propio daño y el restante 60 % a la parte codemandada y citada en garantía, en forma solidaria; atribuyendo las costas en igual porcentaje y forma a las partes en primera instancia; mientras que para las de segunda instancia, el 40 % a la actora y el 60 % a la citada en garantía; determinando una indemnización de \$ 1.244.319,60 (Pesos un millón doscientos cuarenta y cuatro mil trescientos diecinueve

con sesenta centavos), con más los intereses determinados en los considerandos; que deberá abonarse en el plazo de diez días desde la presente sentencia, bajo apercibimiento de ejecución; todo como resulta de los citados considerandos.-

b) Modificar la regulación de honorarios de primera instancia, de la siguiente manera: \$ 113.500.- y \$ 113.500.-, a favor de los Dres. Oscar Pablo Hernández y Guillermo R. Leskovar Garrigós, por lo actuado como apoderados y patrocinantes de la actora, y de los Dres. Alfredo G. Tomé y Tomás A. Rodríguez; por lo actuado como apoderado y patrocinante de la citada en garantía y patrocinantes de las codemandadas; en las respectivas sumas de \$ 76.272.- y \$ 114.408.- (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 20 y 39 de la ley de aranceles 2.212 – Monto base: \$ 1.244.319,60). Por lo actuado en esta segunda instancia, en el 30 % de los anteriores a los letrados de la actora y en el 25 % a los de la citada en garantía –arts. 6, 7, y 15 L.A.-; debiendo cumplirse con la ley 869.-

c) Regular a los peritos intervinientes, Francisco Jose Giambirtone, en la suma de \$ 37.500.-, los de la Lic. Patricia Carina Sánchez, en la suma de \$ 8.000.-, los de la Lic. Laura Gabriela Rodofile, en la suma de \$ 16.000.- y los del Dr. Néstor Fernando Andrada en la suma de \$ 3.500.-; todo como resulta de los considerandos. ASI VOTO.-
EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ DIJO: 1.- Que coincidiendo en lo sustancial con los fundamentos expuestos en el voto del distinguido colega que me ha precedido en el orden de exposición, anticipo que adhiero en un todo a la solución que propicia.-

No obstante tal adhesión, entiendo conveniente expresar unas breves reflexiones sobre aspectos en los que coincido completamente a fin de resaltar los mismos, así como otros que, aunque me permiten arribar al mismo resultado final, puede decirse que constituyen un enfoque en cierto modo diferente.-

2.1.- No puede entenderse la motivación para el rechazo total de la demanda frente a los presupuestos fácticos que se extraen de la prueba colectada tanto de la causa penal como de estos autos y que muy bien explicita el Dr. Víctor Darío Soto en su voto.-

Converge en la sentencia recurrida no solo un apartamiento de los hechos probados de la causa, sino además una subsunción de los mismos al derecho que no se corresponde con la abundante y generalizada doctrina y jurisprudencia que existe en la materia y en particular la atinente a la aplicación de la segunda parte del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil.-

2.2.- La decisión de grado luce arbitraria y tanto más cuando, entre otras razones, lejos está de corresponderse con la doctrina expuesta por nuestro Superior Tribunal de

Justicia, entre otros pronunciamientos, en autos "Cortes Betti Marina y Otro c/ Agostinelli Daniel s/ Sumario s/ Casación", Expte 22839/08 (sentencia de fecha 27/05/2009). Y hago hincapié en dicha causa, no solo por cuanto resultaría jurisprudencia de consideración obligatoria conforme el art. 43 de la ley K 2430, sino que además fue invocada por la misma juez, unos meses antes, en sustento del fallo que dictara en la causa "Zucchini Andrea c/ Vía Bariloche s/ Ordinario" (sentencia de fecha 21/02/2013, Expte. 34893-III-02) que se encuentra también en instancia recursiva ante esta cámara.-

Sin perjuicio de la posibilidad de acceder fácilmente a tal precedente del Superior Tribunal de Justicia, he de señalar que en tal pronunciamiento, el cimero tribunal de la provincia nulificó la sentencia de cámara que había rechazado la demanda por el fallecimiento de un menor que se conducía en bicicleta, cuando los hechos favorecían muchísimo menos a éste (repárese que en dicho antecedente, si bien se trasladaba en una zona similar a la de la presente, el ciclista iba a contramano en violación del art. 48 de la ley 24.449 y circulaba en una bicicleta sin luces o elementos reflectivos en pedales y ojo de gato trasero como lo hacía la víctima del caso que nos ocupa, que por otra parte iba en la dirección de circulación correcta casi sobre la banquina).-

Pero así todo, el cimero tribunal provincial tras habilitar la instancia extraordinaria calificando de arbitraria la decisión del grado, sostuvo que el conductor del rodado no lograba exonerarse totalmente de responsabilidad ya que lo atinente a la velocidad de circulación del rodado del demandado (que en el caso de autos además, a diferencia de lo que sostiene la sentenciante, está probado que era de casi el doble del indicado en los carteles viales) "...debió ser analizado en concordancia con el art. 50 de la Ley N° 24.449, el que establece que: El conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así deberá abandonar la vía o detener la marcha".-

Por otra parte expuso en tal sentencia el Superior Tribunal de Justicia, trayendo en apoyo copiosa doctrina autoral, que "... El conductor, habilitado para conducir vehículo, debe agudizar sus facultades sensoriales de percepción de los peligros latentes en las vías públicas por donde circula. Se trata de mantener indemne los reflejos humanos, de modo de advertir instantáneamente y con antelación, los riesgos que implican los peatones o los otros rodados en la calzada. (...) En este sentido, deben

extremar sus precauciones: c) en horas nocturnas, pues la visión disminuye y ante cualquier aparición súbita, resulta difícil el dominio del vehículo, por lo que debe reducirse siempre la velocidad de circulación (...) La velocidad precautoria persigue como objeto esencial lograr el total dominio del vehículo por parte de su conductor... (conf. Héctor Normando Conde y Roberto César Suáres, “Tratado sobre Responsabilidad por Accidentes de Tránsito”, T° 2, págs. 204/206 y 359/361) (...) Lo mismo puede decirse en presencia de un obstáculo cualquiera: debe permanecer constantemente dueño de su voluntad y control de la máquina” (conf. Martín Diego Pirola, “Compendio Jurisprudencial sobre Accidentes de Tránsito en Carreteras y Autopistas”, pág. 290)”. Agregó asimismo en esa línea el Superior Tribunal de Justicia y no fue considerado por la sentenciante, pese a que –insisto- sí invocó dicho precedente para resolver en otra causa, que: “En el mismo sentido la Jurisprudencia sobre la materia ha afirmado que: “Es harto conocido que el exceso no deriva necesariamente de la cantidad numérica de Kilómetros por hora a la que se circula sino de la efectiva pérdida del dominio ante una contingencia cualquiera. (...) la velocidad debe ser siempre considerada como un factor crítico en los procesos de tránsito dado que su aumento sucesivo de hecho multiplica el riesgo geoméricamente en cuanto disminuyen progresivamente y aceleradamente las posibilidades de dominio del conductor. La velocidad excesiva se relaciona más bien con el hecho de que permita a su conductor controlar su rodado aún en situaciones sorprendidas e imprevistas y que la consecuencia del exceso no es que el conductor no vea en sentido literal, sino que `ve tarde” (conf. Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Se. de fecha 02/07/2008, in re: “ROLANDO”) (...) “La velocidad a desarrollar, no sólo debe adecuarse a las disposiciones reglamentarias sino que como expresa el art. 67 mencionado, se deberá extremar tal precaución y aún detener por completo el movimiento cada vez que su vehículo, en razón de las circunstancias o de la disposición del lugar, pueda ser causa de accidente. La falta de visión plena es, sin lugar a duda alguna, un motivo suficiente para que el conductor de un vehículo extreme su cuidado y demuestre la prudencia que es dable exigir a los que conducen automotores, ante el peligro que la circulación de tales rodados significa para personas y bienes” (CCivComyLab. Posadas, Sala II, Se. del 9/12/1996, in re: “POLISZUK”)

En otro orden se expresó también en dicho precedente y resultando obviamente de especial aplicación en el caso por tratarse el accionado de un taxista, no fue tampoco considerado por la sentenciante: “Además, este deber de circular a una velocidad

precautoria se armoniza con otro principio establecido en el código de fondo, cual es el deber de previsión dispuesto en el art. 902 del Cód. Civil. Así, esta norma dispone que “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”; es decir la previsibilidad de los riesgos adjetiva a la obligación de seguridad a cargo del automovilista que circula en las circunstancias comprobadas en autos...”.-

2.3.- Por cierto que la arbitrariedad en el caso a la hora de atribuir responsabilidades es mucho mayor que en el caso que he traído a colación, ya que como bien ha expuesto el colega que me precediera en el orden de exposición, aquí el accionado circulaba a una velocidad no inferior a casi el doble del máximo indicado por los carteles de Vialidad y, por si ello fuera poco, no frenó el vehículo porque directamente no lo vio o lo vió recién cinco metros antes de embestirlo, que es lo mismo.-

El taxista no iba en modo alguno atento a la conducción del rodado, circunstancia de la que no podemos desentendernos sin prescindir arbitrariamente de la prueba producida. Y al respecto no solo se cuenta con la ausencia de huellas de frenado y el informe del perito accidentológico, sino además con el aporte del único testigo presencial que siendo otro taxista que acompañaba al demandado en el asiento delantero, no puede presumirse que quiera perjudicar a su colega, sino todo lo contrario. Y dijo éste, tal como bien consigna con más amplitud el Dr. Soto: “... Al momento de la colisión veníamos charlando con el chofer por lo que venía algo distraído y quizás por eso no vi la bicicleta antes...”; agregando que venían a ochenta kilómetros por hora, aunque bajando la velocidad porque se acercaban a la rotonda.-

2.4.- No guardo entonces duda alguna en cuanto a la responsabilidad del conductor del taxi y consecuentemente la del titular dominial de dicho rodado y la aseguradora, que encuentra sustento no solo en el nexo de atribución objetivo que prevé el citado párrafo del art. 1113 del Cód. Civil del que también se ha apartado la sentenciante alterando prácticamente la carga de la prueba que impone el mismo, sino que además se comprueba un obrar violatorio de las normas de tránsito –velocidad máxima permitida y velocidad precaucional, más la de mantener la atenta conducción del rodado- y cuanto menos un altísimo grado de imprudencia o negligencia, agravado por su condición de taxista del lugar, de acuerdo a lo previsto por el también citado art. 902 del mismo cuerpo legal.-

3.1.- Pero creo, no obstante compartir la solución final propuesta por el Dr. Soto, que la contribución de la infracción del ciclista en el acaecimiento del hecho debe considerarse

ínfima, teniendo en cuenta que como sostiene el perito, el demandado debió haber visto a éste y pudo haberlo esquivado sin inconvenientes excepto que hubiere sido encandilado por un vehículo que circulara en dirección contraria, lo que en el caso corresponde descartar. Y remarco que no se ha probado que la vestimenta del ciclista fuere inadecuada, así como que sí está acreditado, que por lo menos la bicicleta poseía elementos reflectivos en los pedales y ojo de gato trasero, ausentes en el precedente “Betti Cortes” del Superior Tribunal de Justicia que he analizado.-

Mas no obstante tal convicción, así como el estar persuadido que debemos avanzar en una línea de mayor protección hacia peatones y ciclistas frente a los automotores, tal como vemos que en países con tránsito más ordenado que el nuestro se viene haciendo desde hace tiempo (incluso la mayoría de los argentinos comentamos con elogio ello, cuando tenemos oportunidad de comprobarlo personalmente, al regreso del viaje), entiendo que es justo condenar a abonar solo el 60 % del daño como se ha propuesto en el voto rector.-

Y ello así por cuanto si bien la contribución del obrar del ciclista rompiendo el nexo causal es en mi opinión ínfima, tiene sí una trascendencia mayor en lo que hace a la magnitud del daño, ante la omisión del casco protector. Es decir que desde mi óptica, la fractura del nexo causal de modo parcial se produce en mayor grado, no en relación a la colisión, sino al resultado del accidente, magnitud o extensión del daño.-

3.2.- Lo dicho se encuentra en absoluta sintonía con lo que ha resuelto esta cámara en distintos precedentes, trayendo a colación y permitiéndome citar parte de los fundamentos expuestos en la sentencia de fecha 17/03/2014 correspondiente a la causa “Brizuela c/ Hughes” (Expte. CA-21301), en la que expuse: “La omisión del uso de los cinturones de seguridad o del casco, como regla no influyen en el acaecimiento del hecho ilícito, aunque si suelen constituirse en factores que incrementan la gravedad o extensión del daño. Y digo “como regla general”, en cuanto de modo excepcional también podría tener incidencia en la producción del hecho, tal como lo sostuvimos en el expediente CA-20045 (sentencia de fecha 22/05/2013) donde la pericial acreditó que por las condiciones del tiempo (viento y frío) la ausencia de casco con visor o antiparras, interfirió en la visión del conductor de una motocicleta. De cualquier modo la regla es que incide en la extensión del daño y más aún en el caso del cinturón de seguridad, respecto del que resulta difícil imaginar que una colisión, vuelco u otro tipo de siniestro pueda haberse producido como consecuencia de no llevar ajustado el cinturón de seguridad. Tal vez si, por efecto contrario, en tanto es posible que

disminuya la capacidad de movimiento del conductor”.-

Agregué en tal oportunidad que en fallo de la sala G de la CNCivil de fecha 12/02/2008 que comparto, aborda la Dra. Arean este tema señalando que algunos fallos ven en la omisión del uso del cinturón de seguridad o del casco un factor en la incidencia del hecho por lo que concluyen estableciendo una culpa concurrente de la víctima y tras tal advertencia nos dice: “No coincido con esa interpretación, por cuanto el siniestro se va a producir de todos modos, lleven o no los cinturones colocados: la colisión en la encrucijada va a tener lugar porque uno de los partícipes no respetó la prioridad de paso o violó la luz roja del semáforo, el choque entre vehículos que circulan en la misma dirección tendrá lugar al no poder evitar una frenada imprevista, si lo hacen en distinta dirección, porque alguno de los intervinientes invadió la contramano, etcétera. Si como consecuencia de cualquiera de esas hipótesis o de otras de las tantas que se presentan a diario en el tránsito en calles, avenidas y rutas del país, resulta que el acompañante golpeó la cabeza contra el parabrisas o contra el tablero y, por ello, sufrió lesiones en el rostro o en la cabeza, o el conductor fue despedido hacia la calzada, no alcanzo a entender cómo puede hablarse de culpa de la víctima por no llevar colocado el cinturón de seguridad. En todo caso, habrá un agravamiento de las lesiones, que sólo incidirá a la hora de establecer los montos indemnizatorios”.-

Y recordé que “en un interesante fallo, la Cámara de Apelaciones de Azul, nos trae una multiplicidad de precedentes vinculados a esta temática, y así dice: “De modo, entonces, que la infracción a la normativa de tránsito consistente en no colocarse el cinturón de seguridad (o, lo que es análogo, el casco en el motociclista) podrá constituir el hecho de la víctima o de un tercero, liberatorio –en todo o en parte- de la responsabilidad del causante del accidente (arts. 1111 y 1113 Cód. Civ.) pero no con relación a la mecánica del hecho ilícito sino con los daños en sí mismos (lesiones o muerte). Ello lo pone de manifiesto la praxis judicial: por ejemplo se enrostró en un 30% de culpa, en base a la pericia médica, a la motociclista que no tenía colocado el casco protector (CNCiv. Sala F, 6/6/2002 “Carrizo, Diego Matías c/ Sibiloni, José Roberto s/ daños y perjuicios”; en parecido sentido para la conductora de la moto que falleció por fractura de cráneo - CNCiv. Sala H, 13/3/2001 “Boito, Luis G. y otros c/ G., M.J.M. y otro”, R.R.C. y S. T. 2001-942). En otro antecedente se resolvió que “la omisión de usar casco redujo la incidencia de la indemnización porque se trata de una infracción que -a diferencia de otras- contribuyó a causar su propio daño -en ese caso se redujo la responsabilidad en un 20% teniendo en cuenta otras circunstancias del hecho en sí, como el carácter de

embistente, la falta de carnet, etc.- (CNCiv. Sala L, 28/5/99 “Benítez, Luis E. c/ Rodríguez, Joaquín” D.J. 2000-3-121). En esa orientación también se decidió que “la ausencia de casco del motociclista no es factor concausal del accidente sino causa de agravamiento del daño padecido” (CNCiv. Sala M, 4/9/2000 “Bartolotta, Marcela S. c/ La Primera de San Isidro S.A.C.I. y otro”, L.L. 2000-F-686). Incluso tratándose de una pasajera transportada por un taxi esa conducta de abstención de colocarse el cinturón incidió (en el 30%) en su propio daño, además de las responsabilidades de los conductores de los vehículos -del 50% para cada uno- (CNCiv. Sala F, 5/11/2003 “Cáceres de Joao, M. del Valle c/ Duarte, Maximiliano y otros s/ Daños y Perjuicios” - voto Dra. Highton de Nolasco-). En otros precedentes se eximió de responsabilidad a las víctimas porque la ausencia de cinturón no guardó nexos causal con el daño (CNCom. Sala C, 5/10/2001 “De Blasi de Musumeci Claudia c/ Sevel Augusto S.A. y otros.”, J.A. 2002-II-359), o se la atribuyó en el orden de 40% para la víctima, ya que al no estar sujeta al asiento y estar alcoholizada perdió estabilidad y velocidad en sus reflejos defensivos por lo que impactó contra el parabrisas (CNCiv. Sala I, 4/11/2004 “Pugliese P. c/ Cozzani Laura”: 60% dueño y conductor del auto; 40% víctima, J.A. 2005-II-786 con importante nota de Edgardo Saux”. (Sentencia de la Cám CyC Azul, Sala II, del 29/04/2008 en causas N° 51466 y N°51.467).

3.3.- Y esa misma línea es la que sostuvo también el suscripto en un precedente anterior, “Córdoba Manríquez c/ Grandón Riffo”, Expte. CA-21109 (sentencia de fecha 14/04/2013), en el que expuse: “En cuanto al casco protector, su falta de utilización por la víctima -circunstancia acreditada-, no guarda vinculación con la producción del accidente, aunque si puede tenerla con la extensión del daño y, de hecho, así lo ha considerado el juez de grado cuando por tal motivo llegó a limitar la indemnización en un cincuenta por ciento”. Y agregué además, en lo que constituye un fundamento para en el caso ni siquiera llegar a la paridad de responsabilidad sino a un porcentual menor que: ”... no solo para obtener más de lo que el Juez de grado le reconoció, sino incluso tan significativa disminución (50%) debió haberse producido prueba respecto a la incidencia que pudiera haber tenido la omisión de llevar el casco protector puesto en el resultado muerte o, lo que es lo mismo, de qué modo pudo haber limitado el alcance del daño, la correcta utilización del casco protector por parte de la víctima”.

Cuestión esta última que agregó, resulta ser por otra parte una exigencia legal con base fundamentalmente en la citada directriz contenida en la segunda parte del art. 1113 del Código Civil.-

3.4.- Por último, si bien he de coincidir en el caso con la propuesta de avanzar en el análisis de los daños, debo formular reservas al respecto.-

Es cierto que la declaración de nulidad (que en rigor de verdad sería la solución ortodoxa que correspondería frente a una sentencia, como la recurrida, que manifiestamente no cumple con el art. 201 de la Constitución Provincial), conlleva una mayor dilación del proceso y consecuentemente afecta la calidad del servicio de justicia, al extender la oportuna satisfacción de los derechos afectados. Pero también lo es, que avanzar en la determinación de los daños y su cuantificación, de modo particular cuando estos no están tarifados y esta cámara en su actual composición viene exponiendo significativos cambios en los criterios, limita el derecho de defensa de las partes y la doble instancia. Sobre esto último reconozco que, aunque no aparece convencionalmente amparada (ya la doble instancia que impone el art. 8 de la CADH está circunscripta a materia penal), ni tampoco alcanzada por la garantía que en el caso de nuestra provincia consagra el art. 139 de la Constitución Provincial en su inciso 14, al resultar un tribunal colegiado el que se expide (ver lo expuesto por el suscripto y el Dr. Soto, en sentencia de fecha 20/11/2013, en los autos "Asoc. Rionegrina de Anestesia, Analgesia y Reanimación c/ Obra Social Obreros Empac. Fruta RN y Nqn. s/ Ordinario", Expte. CA-41037), su reconocimiento resulta de cualquier modo una tendencia en la que me enrolo como herramienta que hace no solo a la garantía de defensa sino que trasunta el interés de todos al permitir la corrección de errores en la administración de justicia, lo que difícilmente es factible por la vía de los recursos extraordinarios que, en términos generales, restringen el conocimiento de un basto sector de éstos, al tratarse de cuestiones de hecho y prueba que le son por naturaleza ajenas.-

De modo que hay dos derechos a ponderar que deben ponderarse adecuadamente en cada caso, inclinándome en el presente por seguir el temperamento propuesto por el distinguido colega que me precediera en el orden de exposición, atendiendo al largo tiempo transcurrido desde el acaecimiento del hecho que privó de reparación a la actora y su familia, así como la extrema necesidad de ésta que surge suficientemente acreditada.-

No obstante, formulo mis reservas, pues si no convergieran situaciones tan apremiantes o bien nos encontráramos frente a daños de más difícil ponderación, estimo que lo más atinado sería resolver sobre la responsabilidad y mandar que en la instancia de grado la misma juez resuelva sobre los daños. Y digo la misma juez, en tanto al no haberse

expedido al respecto, carece de justificación su sustitución, pues no habría prejuzgado.-

4.- Con tales aclaraciones y compartiendo por lo demás, los fundamentos expuestos por el Dr. Soto, adhiero a la solución propuesta por éste, expidiéndome en el mismo sentido. Así voto.-

LA SRA. JUEZ DRA. GABRIELA GADANO DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

R E S U E L V E: a) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y revocar de igual modo la sentencia de primera instancia, atribuyendo un 40 % de responsabilidad a la víctima en su propio daño y el restante 60 % a la parte codemandada y citada en garantía, en forma solidaria; atribuyendo las costas en igual porcentaje y forma a las partes en primera instancia; mientras que para las de segunda instancia, el 40 % a la actora y el 60 % a la citada en garantía; determinando una indemnización de \$ 1.244.319,60 (Pesos un millón doscientos cuarenta y cuatro mil trescientos diecinueve con sesenta centavos), con más los intereses determinados en los considerandos; que deberá abonarse en el plazo de diez días desde la presente sentencia, bajo apercibimiento de ejecución; todo como resulta de los citados considerandos.-

b) Modificar la regulación de honorarios de primera instancia, de la siguiente manera: \$ 113.500.- y \$ 113.500.-, a favor de los Dres. Oscar Pablo Hernández y Guillermo R. Leskovar Garrigós, por lo actuado como apoderados y patrocinantes de la actora, y de los Dres. Alfredo G. Tomé y Tomás A. Rodríguez; por lo actuado como apoderado y patrocinante de la citada en garantía y patrocinantes de las codemandadas; en las respectivas sumas de \$ 76.272.- y \$ 114.408.- (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 20 y 39 de la ley de aranceles 2.212 – Monto base: \$ 1.244.319,60). Por lo actuado en esta segunda instancia, en el 30 % de los anteriores a los letrados de la actora y en el 25 % a los de la citada en garantía –arts. 6, 7, y 15 L.A.-; debiendo cumplirse con la ley 869.-

c) Regular a los peritos intervinientes, Francisco Jose Giambirtone, en la suma de \$ 37.500.-, los de la Lic. Patricia Carina Sánchez, en la suma de \$ 8.000.-, los de la Lic. Laura Gabriela Rodofile, en la suma de \$ 16.000.- y los del Dr. Néstor Fernando Andrada en la suma de \$ 3.500.-; todo como resulta de los considerandos.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

VICTOR D. SOTO GUSTAVO A.MARTINEZ
PRESIDENTE JUEZ DE CAMARA

GABRIELA GADANO

JUEZ DE CAMARA

-en abstención-

Ante mí:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

L