

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 19339/04-STJ-

SENTENCIA N° 5

“JEREZ, Ana María c/EL CONDOR ETSA y Otros s/SUMARIO s/CASACION”

///MA, 4 de febrero de 2005.-

----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Alberto I. Balladini y Víctor H. Soderó Nievas, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Álvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “JEREZ, Ana María c/EL CONDOR ETSA y Otros s/SUMARIO s/CASACION” (Exp. N° 19339/04-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de Viedma para resolver el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 477/482, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N -----

A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----La actora viene en casación a fs. 477/484 contra el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de VIEDMA de fs. 470/473, que no hizo lugar a la apelación contra la sentencia del Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 3 de la misma sede, que a fs. 427/432 y vta. rechazó la demanda interpuesta por ANA MARIA JEREZ por sí y por sus hijos menores.-----

-----La Alzada sostuvo que el recurso no alcanza a conmover los sólidos fundamentos del Juez de Primera Instancia en cuanto a la pretensión de atribución de la culpa al conductor del///.- ///.-ómnibus de transporte de pasajeros de la demandada y en forma refleja a esta en el carácter de dueña, no receptando la crítica que se centra en el exceso de velocidad del automotor según el informe pericial de fs. 103/106 y fs. 110/111, que carece de la significación que le atribuye el recurrente ya que por el sistema de

valorización del art. 477 del C.P.C.Cm. “... NO OBLIGA AL MAGISTRADO ...”, quien debe cotejar las restantes probanzas existentes en la causa conforme NOVELLINO y MOSSET en “LA PRUEBA EN EL PROCESO DE DAÑOS”, a raíz de la determinación por la pericial de una velocidad teórica de 105 km/h, a la que tan solo le asigna el carácter de aproximación, más los dichos del acompañante del conductor, de los que resultara que la marcha del vehículo colectivo “... SOBREPASARIA MINIMAMENTE ...” la autorizada por la reglamentación para ese lugar, a la vez que atribuye falta de recaudos mínimos de seguridad al conductor del tractor que traccionaba un carrito de sujeción no confiable por lo que por su “... GRAVE IMPRUDENCIA ...”, lo coloca en el terreno del comportamiento culposos, al igual que los viajeros que desafortunadamente viajaban en dicho carrito.- - - - -

-----Así, para el “a quo” los supuestos encajan en el art. 1113 del C.C. para eximir de responsabilidad en cuanto a la culpa atribuible a un tercero por quien el titular dominial y/o guardián no debe responder y también de las propias víctimas.-

-----Remarca tal sentencia que existe coincidencia en la narración de los hechos por parte de los jueces intervinientes en los fueros Penal y Civil, en que no fue la velocidad en que marchaba el ómnibus, sino la irresponsable conducta de las víctimas y quien conducía el tractor, no siendo posible que el conductor del colectivo frene el automotor ante la sorpresiva e intempestiva aparición de la otra máquina con el carrito,///.- ///2.- invadiendo el carril de circulación, entendiéndose que la posibilidad de maniobra evasiva a una velocidad como la máxima permitida era imposible.- - - - -

-----Concluye determinando que “... NO EXISTE, PUES, NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO VERIFICADO Y LA VELOCIDAD DEL COCHE DE EL CONDOR ETSA ...”, por lo que se rechazó la apelación.- - - - -

-----El recurso extraordinario fue planteado a fs. 477/482 y contestado por la demandada a fs. 483/485.- - - - -

-----Expresa la casacionista que la pretensión recursiva es procedente, fundado en la normativa de la ley ritual y la doctrina legal del S.T.J. en cuanto a la omisión de considerar hechos y pruebas decisivos en el fallo en crisis, lo que es una cuestión de derecho revisable en casación.- - - - -

-----Sostiene que el hecho de autos se produjo en una zona suburbana del IDEVI, cuando en infracción de los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento del art. 902 del C.C. propio de lamentables incumplimientos de los choferes y las empresas

de transporte de pasajeros, al momento de acaecer, el conductor del ómnibus iba charlando con el acompañante y agrega que en el caso de autos, no operan los extremos de los eximentes del art. 1113 del C.C., ya que en sede Penal ambos conductores fueron sobreseídos, por lo que introduce el factor de atribución de la responsabilidad de ellos por la cosa riesgosa que lleva a una determinación de los porcentajes de esta por aplicación de la “teoría del riesgo creado” por la colisión de dos cosas riesgosas y dirimir los indicados porcentajes de responsabilidad, además de considerar que el caso fortuito fue para el conductor del tractor.- - - - -

-----El chofer del colectivo por la Ley Nacional 13893 tenía el deber del pleno dominio del automotor, por lo que ///.- ///.-corresponde que se modifique la relación de causalidad y la atribución de culpas en la decisión judicial, acotando que ante una superficie de impacto de 20 cms, a una velocidad de 90 kms/h hubiera llegado solamente a dos metros antes sin embestir al carrito, por lo que el conductor del ómnibus con la velocidad de marcha impresa puso la causa eficiente de la colisión con el resultado del accidente, ya que en las proximidades existe un cartel que establece la velocidad máxima para esa zona de 80 kms/h, el que pertenece a la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD, única con jurisdicción en la zona por el art. 39 inc. b) de la Ley nacional 24449.- - - - -

-----En consecuencia, reitera que existe omisión en la consideración de hechos y pruebas decisivas, ya que en la sentencia dictada en sede penal se desechó que la sola conducta del conductor del tractor sea la causa del siniestro, en el que la víctima murió atropellada por un colectivo a exceso de velocidad. Pide se haga lugar al recurso y a la demanda, con costas.- - - - -

-----El responde de la demandada se funda en la improcedencia del recurso en la forma propuesta por la imposibilidad de revisar pruebas por ser ajeno a la casación, al igual que está vedado ingresar en otra cuestión fáctica como la supuesta concurrencia de culpas. Solicita se declare inadmisibles, con costas.- - - - -

--

-----Previo a ingresar en el tratamiento de las cuestiones propuestas, en razón de la forma en que viene el recurso extraordinario y ha sido declarada formalmente admisible la casación, siendo el eje del planteo la omisión de considerar hechos y pruebas decisivas, haré una breve mención de algunos de los aspectos del hecho que surgen de autos, a saber:- -///.-

///3.-A) La pericial del perito de oficio GUSTAVO VICTOR TORRALBA, glosa a fs.

103/106 y fs. 110/111 y de ella resulta que el colectivo marchaba a una velocidad teórica de 105,4 kms/h. Le fue notificado a la demandada a fs. 112 vta. el 19-8-99.- - - -

-----B) La JUNTA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES DEL TRANSPORTE PUBLICO TERRESTRE, fundada en el art. 51 de la Ley Nacional 24449 informa a fs. 327/328 en forma genérica sin aludir al lugar del hecho sobre la velocidad máxima en zona rural-ruta, distancia de frenado y tiempo de reacción.- - - -

-----C) Ante el Juzgado de Instrucción Nro. 2, Secretaría Nro. 3 de VIEDMA tramitó la causa “CANELO CARLOS A. y Otro s/HOMICIDIO Y LESIONES GRAVES EN ACCIDENTE DE TRANSITO” Expte. N° 20516/1996, en la cual el acompañante del chofer del ómnibus (RAMON BORDON), al declarar ante la prevención policial a fs. 18/19 con fecha 2-2-1996 dice textualmente: “... EL DECLARANTE IBA CONVERSANDO EN FORMA MUY AMENA CON SU COMPAÑERO CANELO, CHOFER Y/O CONDUCTOR EN ESOS MOMENTOS Y A SU VEZ ALGO DISTRAIDO MIRANDO A AMBOS LADOS DE LA RUTA, CUANDO OBSERVA QUE EN SENTIDO CONTRARIO VENIA CIRCULANDO UN TRACTOR, QUE ESTE LO HACIA SOBRE LA MISMA RUTA ...”. A fs. 161 con fecha 27-3-1996, ratificó esos dichos para la instrucción judicial agregando que al momento del hecho “... EL SR CANELO LLEVABA MANEJANDO APROXIMADAMENTE TRES HORAS ...”.-----

-----D) En esa misma causa en sede Penal del Expte. N° 20516/1996, a fs. 212/215 declaró en informativa el después codemandado (CARLOS ALFREDO CANELO), manifestando que el acompañante (RAMON BORDON) estaba a su lado y vio todo, “... QUE CIRCULABA ENTRE 90 Y 92 KILOMETROS POR HORA ... SI, HABIA SEÑALIZACION QUE INDICARA EL PUENTE QUE YA MENCIONARA Y LA///.-///.-ENTRADA DE UN PUEBLO ... VENIA MANEJANDO APROXIMADAMENTE HABIENDO TOMADO EL VOLANTE EN BAHIA BLANCA, TOCANDOLE EL RELEVO AL OTRO CHOFER A LA ALTURA DE VIEDMA APROXIMADAMENTE RAZON POR LA CUAL EN EL MOMENTO DE PRODUCIRSE EL ACCIDENTE EL SEGUNDO CHOFER SE HABIA LEVANTADO DE SU DESCANSO Y SE ENCONTRABA AL LADO DEL QUE HABLA ...”.-----

-----E) Precisamente en esa causa del mismo Expte. N° 20516/1996, el decisorio que resuelve el sobreseimiento de ambos conductores, refiere que el acompañante (RAMON

BORDON) a fs. 154/164, al ratificar a fs. 161 sus dichos de fs. 18/19 es quien introduce la expresión “...EL MISMO LLEVARIA UNA VELOCIDAD APROXIMADA A LOS 90 A 95 KM/HORARIOS ...”, reconociendo en esos mismos actos la vinculación con la demandada por ser “chofer” de EL CONDOR ETSA. El perito accidentólogo en tales actuaciones, que dictamina a fs. 183/185, no hace referencia alguna a la velocidad del ómnibus. Asimismo, en él hay otras pruebas como una pericia del “perito gomero” a fs. 14, la documentación del chofer y del vehículo a fs. 28/38, etc.- - -

----F) El Juez de Instrucción al dictar el sobreseimiento definitivo a fs. 219/220 del Expte. N° 20516/1996 refiere que “...EL TESTIMONIO DE FS. 154/164 ILUSTR A LA INSTRUCCION QUE, SIENDO EL DECLARANTE ACOMPAÑANTE DEL CONDUCTOR DEL COLECTIVO DE LA EMPRESA EL CONDOR, EL DIA DEL HECHO APROXIMADAMENTE A LAS 9:50 HS. Y EN CIRCUNSTANCIAS DE CIRCULAR A UNA VELOCIDAD DE UNOS 90/95 KM HORARIOS ...”; esa cita de una testimonial de un empleado de la demandada en sede Penal, termina convirtiéndose en fuente de la sentencia en crisis de ambas instancias en sede Civil.- - - - -

----G) A fs. 232/234 informa la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD que la velocidad máxima que regía en esa zona al 2-2-1996///.- ///4.-era de “... 80 KM/HR ...”, que es habitual que por allí circulen tractores durante el día, que entiende irrazonable que un colectivo con pasajeros transite por ese lugar a una velocidad de entre 90 a 95 kms/h.- - - - -

----H) El Juez de Primera Instancia a fs. 431 de autos hace alusión a que “... LA VELOCIDAD DEL OMNIBUS AL MOMENTO DEL EVENTO ERA DE 90/95 KMS/H ...”, a partir de una interpretación que entiendo impropia a fs. 427 vta. de los dichos de la actora a fs. 81, cuando menciona al ofrecer prueba que “...LA VELOCIDAD DE CIRCULACIÓN DEL MICRO –DETERMINADA POR EL JUEZ PENAL (90/95 KMS/H) ...”, lo que no puede atribuirse a una postulación de esa parte, ya que reiteradamente en el escrito de demanda refiere sólo al exceso de velocidad por encima de los 80 kms/h.- - - -

----Ahora bien, abordando el contenido del recurso en consideración: La Cámara hizo suyos los extremos fácticos del juez de grado, que a fs. 431 asumió que “...LA VELOCIDAD DEL OMNIBUS AL MOMENTO DEL EVENTO ERA DE 90/95 KM/H Y QUE LA VELOCIDAD PERMITIDA PARA ESA RUTA, EN ESA ZONA, CONFORME SURGE DEL INFORME DE FS. 327 DE LA SECRETARIA DE

TRANSPORTE DE LA NACION, ERA DE 90 KM/H ...”. Ambas instancias ordinarias coligen que el daño causado ha sido provocado por un tercero, atribuible al caso fortuito externo a la cosa riesgosa, por lo cual rechazaron la acción.-----

-----Cual surge del cotejo de criterios entre la proposición de la actora y el decisorio de la jurisdicción, se advierte que al menos existe omisión de considerar hechos y pruebas decisivas por parte de ambas instancias de mérito, ya que según la prueba certificada a fs. 402 no hay elementos objetivos que con un discurrir lógico lleven a descalificar el contenido de la pericial de fs. 103/106 y fs. 110/111 de la que resulta ///.- ///.-que la velocidad en que circulaba el colectivo de EL CONDOR ETSA, conducido por CARLOS A. CANELO era de 105,4 kms/h conforme el experto.-----

-----Nada dice el Juez de Primera Instancia, ni menos aún agregan o aclaran los Magistrados de la Cámara que integran el voto mayoritario, para descalificar con rigor técnico el dictamen de quien tiene especialización en la materia para tal determinación, o sea optar por fijar la velocidad de marcha en 90/95 km/h en vez de aquella que calculó el experto (105,4 kms/h).-----

-----En igual sentido, en cuanto a la desinterpretación que se hace de la oficiatoria a los organismos públicos competentes de la Administración Nacional.-----

--

-----En efecto, se toma en cuenta una respuesta genérica a fs. 327/328 de la SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES DE LA NACION a través de la JUNTA NACIONAL DE INVESTIGACION DE ACCIDENTES DEL TRANSPORTE PUBLICO TERRESTRE, fundada en el art. 51 de la Ley Nacional 24449 sobre el máximo de velocidad para tales ómnibus en zona rural-ruta (90 kms/h), omitiendo tener en cuenta la particular o puntual de la autoridad nacional vial en la zona, obrante a fs. 232/234, con mayor conocimiento del medio y que no ha sido impugnada ni aclarada por los demandados, la que precisa que la máxima en ese lugar del siniestro es de 80 kms/h.-----

-----Además, están esos otros detalles sujetos a la merituación de la prueba que surgen del expediente del Juzgado de Instrucción Nro. 2, Secretaría Nro. 3, que debieron ser valorados en ambas instancias dentro del mismo criterio del “a quo” de “... COTEJAR TAL PARECER CON LAS RESTANTES PROBANZAS OBRANTES EN LA CAUSA, APLICANDO LAS REGLAS DE LA SANA ///.- ///5.-CRITICA ...”, por ejemplo y principalmente, el origen de la estimación de los 90/95 kms/horarios que hace

el Juez Penal.--

-----La mayor valoración de los dichos de RAMON BORDON, por sobre la racionalidad de los cálculos técnicos del Ing. GUSTAVO VICTOR TORRALBA, imbuje de dogmatismo las sentencias impugnadas y vuelven procedente el agravio de omisión de hechos y pruebas decisivas para la solución del litigio.-----

-----Si la velocidad máxima en el lugar del hecho según la autoridad nacional vial en la zona (fs. 232/234), es de 80 kms/h y el experto a fs. 103/106 y fs. 110/111 determinó en teoría que el colectivo circulaba a 105,4 kms/h, es evidente que existe un exceso de velocidad de casi un 32% (treinta y dos por ciento), que lleva a admitir tal omisión por arbitrariedad como cuestión de derecho para declarar nulo el pronunciamiento del “a quo” de fs. 470/473; por no tener en cuenta al decidir ciertos hechos y prueba esenciales, tales como el procedimiento de determinación y el “quantum” del exceso de velocidad, los efectos de la inobservancia de la reglamentación vial para generar la colisión y con ella tan trágico accidente, la conducta del conductor del colectivo en la oportunidad, el estado del vehículo, etc. que surgen de un detenido y objetivo análisis de la probanza en esta causa y asimismo del expediente del Juzgado de Instrucción Nro 2, Secretaría Nro. 3.-----

-----Corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida por inaplicabilidad de ley, cuando -como en el caso- el Tribunal ha omitido, sin mención o explicación alguna, toda consideración o ponderación sobre prueba que la demandada califica como esencial a fin de dirimir el conflicto.-----

-----La doctrina legal del S.T.J. cuenta con pronunciamientos varios en un mismo sentido.----- ///.- ///.-En Se. N° 113/90 el 8-11-90 dijo: “... LOS JUECES PUEDEN PREFERIR ALGUNAS DE LAS PRUEBAS PRODUCIDAS A OTRAS Y OMITIR TODA REFERENCIA A LAS QUE ESTIMAREN INCONDUCTENTES O NO ESENCIALES. PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION NO RESULTA SUFICIENTE LA DEMOSTRACION DE QUE LA PRUEBA NO FUE CONSIDERADA EN LA SENTENCIA, SINO QUE ADEMAS SOLO LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO IGNORADO PODRA LLEGAR A DESCALIFICAR EL DECISORIO ... CUANDO SE PROCEDE A LA EXCLUSION ARBITRARIA DE UNA PRUEBA ESENCIAL O DECISIVA EL TRIBUNAL DE MERITO PRESCINDE ILEGITIMAMENTE EN SU MOTIVACION DE LOS ELEMENTOS QUE TIENE EL DEBER DE VALORAR Y LA SENTENCIA

SERA NULA...”.------

-----Y en la Se. Nº 173/92: “ ...ES NULA LA SENTENCIA QUE AL EVALUAR LA PRUEBA, OMITIÓ LA CONSIDERACION DE UNA QUE ES ESENCIAL O DECISIVA, SOLUCION QUE SE IMPONE ATENTO QUE LA MISMA TENDRIA APTITUD PARA DEMOSTRAR COMO ACREDITADO UN EXTREMO QUE PROVOCARIA UN FALLO POSIBLEMENTE DISTINTO ... PROCEDE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA QUE COMO EN EL CASO NO SE TRATA, NI ANALIZA, NI ALUDE A LA PRUEBA –DICTAMEN PERICIAL- PRESENTADA POR EL RECORRENTE Y, SI BIEN NO SE TRATA EN EL CASO DE UNA PRUEBA TANGENCIAL, SE LE DEBERA DAR LA IMPORTANCIA QUE TIENEN TODAS AQUELLAS PROBANZAS QUE SE REFIEREN NITIDAMENTE A CUESTIONES ESENCIALES EN LITIGIO Y QUE SI BIEN EL MAGISTRADO PODRA O NO APREHENDER COMO FUNDAMENTO VALIDO DE SU DECISION, DEBERA OBLIGATORIAMENTE TRATAR, EXAMINAR Y DAR RAZONES DE SU SOSLAYAMIENTO COMO PRUEBA SIGNIFICATIVA A FAVOR O EN CONTRA DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES ...”.------

-----En el caso de autos, ambas instancias ordinarias no ponderaron con objetividad el contenido de la pericial de fs. 103/106 y fs. 110/111, ni el informe de fs. 232/234, ni las constancias del expediente en sede Penal, ni hicieron en ///.- ///6.-ese contexto una aplicación adecuada del art. 477 del C.P.C.Cm., en especial en cuanto a la fuente de merituación de la velocidad de marcha que establece la sentencia en 90/95 km/horarios a partir de la remisión al contenido de la resolución del Juez de Instrucción, el exceso de esta en cuanto a lo reglado y los alcances de la embestida del ómnibus contra el carrito que se cruzaba para provocar los lamentables resultados que trajo ese hecho; en suma, si como dice a fs. 481 vta. la recurrente, la víctima “...MURIO ATROPELLADO POR UN COLECTIVO QUE VIAJABA A EXCESO DE VELOCIDAD ...”.------

-----En la Se. Nº 154/92 el S.T.J. expresó: “... SI BIEN LA DOCTRINA LEGAL ES SUMAMENTE RESTRICTIVA EN LA CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION, CEDE ANTE LA SERIA DEMOSTRACION POR PARTE DEL RECORRENTE DEL ABSURDO O LA ARBITRARIEDAD DEL “A QUO” YA SEA EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA, VALORACION DE ELLAS, OMISION DE PRUEBA ESENCIAL, ETC. SITUACION ESTA QUE EN PRIMER TERMINO DEBE EVALUAR LA CAMARA...”.-

----Adviértase que en el caso de autos, el “a quo” sostuvo la marcha del vehículo colectivo “... SOBREPASARIA MINIMAMENTE ...” la autorizada por la reglamentación para ese lugar, siendo que del cotejo del informe de la autoridad nacional vial de la zona a fs. 232/234 con el dictamen del experto a fs. 103/106 y fs. 110/111, surge una diferencia de casi el 32% -treinta y dos por ciento-, en cuanto al exceso de velocidad, cuya sola posibilidad violenta el principio de congruencia en el decisorio.- - - - -

----En Se. N° 252/95 se dijo: “... SI UNA RESOLUCION JUDICIAL NO TRATA TODAS LAS CUESTIONES O PRUEBAS QUE UNA PARTE TRAJO AL PROCESO Y SOLO CONSIDERA ALGUNA DE ELLAS COMO BASAMENTO DE SU APOYATURA EN EL DECISORIO, NO POR ELLO SERA LIMINARMENTE///.-///.-INVALIDA. PERO NO ES MENOS CIERTO QUE: “EL MAGISTRADO DEBERA HACER UNA EVALUACION DE SUFICIENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO, PUES ELLO CONSTITUYE UNA EXIGENCIA FUNCIONAL DE LA SENTENCIA. ES EN DEFINITIVA UN REQUISITO QUE HACE A LA FORMA DE LA SENTENCIA Y SU VIOLACION PROVOCA INELUDIBLEMENTE LA NULIDAD DEL FALLO ...” (ALBERTO L. MAURINO, “NULIDADES PROCESALES”, pág. 199).- - - - -

----La C.S.J.N. tiene reiterados pronunciamientos en cuanto a la descalificación de fallos que inobservan los criterios antes expuestos, entre ellos: “ENTEL c/ALVAREZ”, “CERAMICA ZANON c/CALF”, “VALLEJOS c/C.A.P.”, “CONSORCIO c/SCHACHTER”, “MAHDJOUBIAN c/AQUINO”, “FRIDEL c/SANATORIO PARQUE”, etc.- - -

----Mi distinguido colega el Dr. VICTOR HUGO SODERO NIEVAS en la Se. N° 51/01, citando a AUGUSTO MARIO MORELLO, al comentar el fallo de la C.S.J.N. en el “caso Oilher” expresó: “... HA REPUTADO DE FUNDAMENTAL IMPORTANCIA EL DEBER DE LOS JUECES, EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES, DE EJERCER DE MODO IRRENUNCIABLE, EL DEBER DE ESCLARECIMIENTO ... LA GARANTIA DE DEFENSA SE ARTICULA ARMONIOSAMENTE CON LA DIRECTIVA DEL PREAMBULO, DE AFIANZAR LA JUSTICIA. AMBAS EXIGEN DE LOS JUECES UN COMPORTAMIENTO ACTIVO, QUE EN EL AREA DE LA PRUEBA NO PUEDE ENCONTRARSE BLOQUEADO NI AUN POR LAS OMISIONES DE LAS PARTES, INCLUSIVE POR SU DECLARADA NEGLIGENCIA. LA SENTENCIA NO PUEDE SER

FUGITIVA DE LA VERDAD QUE ESTABA ALLI PRESENTE AL COMODO ACCESO DEL ORGANO. ESTE NO PUEDE CONFORMARSE CON UN RESULTADO QUE SE REFUGIE NADA MAS QUE EN LA TECNICA PROCESAL Y EN UN ORDEN DE MARCHA QUE EN LA ARRIBADA DEJA LA RESPUESTA EN LA SUPERFICIE DE LAS COSAS, AL NO ACORDAR RELEVANCIA A LA VERDADERA FINALIDAD DE LA JURISDICCION. LOS LITIGIOS SE DEBEN RESOLVER, CADA UNO DE ELLOS, CON SOLUCIONES JUSTAS ...”.- - - - -

- - - - - ///.- ///7.-Cabe al S.T.J., al decir de GLADYS E. DE MIDON en “LA CASACION “CONTROL DEL JUICIO DE HECHO” (RUBINZAL CULZONI), ver el caso desde “...EL COSTADO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO JUSTO ...”, agregando: “...EL ERROR, O SI SE QUIERE LA INJUSTICIA DE LA SENTENCIA QUE JUZGA SIN O CONTRA LA PRUEBA RELEVANTE, PUEDE OBEDECER, A NUESTRO ENTENDER, A DOS MOTIVOS. AMBOS PATOLOGICOS: O LA MANIA DEL EXPEDIENTE COMODO DE ENSARTAR LAS CAUSAS, EN QUE EL DRAMA O LOS DERECHOS DE NUESTROS SEMEJANTES SE DEBATEN EN FORMULAS DE CLISES. MANIA QUE SE TRADUCE EN LOS FALLOS DOGMATICOS, DONDE AFLORAN LAS POSTURAS INFLEXIBLES, APRIORISTICAS, Y DE MERA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS. O LA ACTITUD IRRESPONSABLE DEL QUE LA SENTENCIA SIN UN ESTUDIO DETENIDO DEL EXPEDIENTE. AYUDAN A LUCHAR CONTRA ESAS PATOLOGIAS, LOS PROCESOS POR AUDIENCIAS. ... MIENTRAS LOS PARTIDARIOS DEL SISTEMA ESCRITURARIO PROCLAMAN QUE EL TIPO PROCESAL ESCRITO FACILITA EL ESTUDIO Y LA REFLEXION DE LOS JUECES ALEJANDO EL PELIGRO DE LA IMPROVISACION Y LA LIGEREZA, LOS ORALISTAS PENSAMOS QUE LAS COSAS SON AL REVES. EL SISTEMA ESCRITO FACILITA LAS ACTITUDES DOGMATICAS EN LOS SENTENCIANTES PUES ESTOS NO HAN VIVIDO EL PROCESO, PORQUE NO LO HAN SEGUIDO DESDE SU NACIMIENTO Y PORQUE CASI SIEMPRE TIENEN QUE LLEGAR A DECIDIR SIN OTRA VIVENCIA QUE LA QUE LE DAN LAS FOJAS DEL EXPEDIENTE. EN LA ORALIDAD, EN CAMBIO, EL JUEZ VIVE EL PROCESO, LO SIGUE PASO A PASO Y EMPAPADO COMO ESTA DE EL PUEDE SENTENCIARLO HACIENDO QUE LOS HECHOS LITIGIOSOS COMPROBADOS CONSTITUYAN LAS VENAS QUE IMPREGNAN DE NUTRICION, DE VIDA Y HUMANISMO A SU DECLARACION DE CERTEZA.

POR OTRA PARTE, VEMOS QUE EL PROCESO ESCRITO PERMITE SUPONER QUE EL MAGISTRADO QUE RECIBE EL EXPEDIENTE LO ESTUDIA, PERO NO NOS ASEGURA –ANTE EL CUMULO DE SENTENCIAS INVALIDADAS POR PRETERICION DE PRUEBA///.- ///.-VITAL- QUE ELLO EFECTIVAMENTE OCURRA ASI. EN UN PROCESO POR AUDIENCIAS, EN CAMBIO, EL JUEZ NO TIENE ESCAPATORIA PARA LA INMEDIACION: LE AGRADE O NO, DEBE VER Y OIR LAS FUENTES DE PRUEBA. DE ALLI QUE, EXAMINANDO LAS SENTENCIAS DESCALIFICADAS EN CASACIÓN POR EL MOTIVO QUE NOS OCUPARA EN ESTE CAPITULO (“CASACION FRENTE A LA PRESCINDENCIA DE PRUEBA DECISIVA”), UNA VEZ MAS HABREMOS DE REBELARNOS –COMO EN CUANTA OCASION PUDIMOS, LO HICIMOS- A LA MAQUINARIA DE IMPEDIR EL SISTEMA ORAL EN EL PROCESO CIVIL ...”. Vaya la transcripción no solamente para andamiar la fundamentación del voto del suscripto, sino también para formular –tangencialmente- un expreso reconocimiento a los Constituyentes rionegrinos de 1988 que introdujeron en el inc. 14 del art. 139 de la C.P. los principios de oralidad y publicidad para todos los códigos procesales, asignatura pendiente en el fuero Civil.- - - - -

-----La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, el 8-2-1996 en “FISCAL c/FUNES MONTAÑO” dijo que: “... EL TRIBUNAL A QUO ES SOBERANO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, Y LA ADMISION O RECHAZO CORRESPONDE A LA ESFERA DE SUS PODERES DISCRECIONALES, INCENSURABLES EN CASACION. LA PRUEBA OMITIDA PUEDE SER DECISIVA; SI CARECE DE EFICACIA, LA OMISION NO AFECTA LA MOTIVACION. POR ELLO, PARA DILUCIDAR SI HAY PRUEBA ESENCIAL, SE DEBE REALIZAR LA OPERACION CRITICA DE INCLUSION MENTAL HIPOTETICA DE LA PRUEBA NO PRODUCIDA O SEA, QUE SI HUBIERA SIDO CONSIDERADO, PODRIA HABER HECHO VARIAR EL SENTIDO DE LA DECISION FINAL ...”.- - - - -

-----En ese contexto, tal operación crítica debió llevar a la Cámara a representarse la hipótesis de cual hubiera sido el suceso si el automotor de los demandados, en vez de circular a la velocidad que indica la pericial de fs. 103/106 y fs.///.- ///8.-110/111, hubiese observado el ritmo de marcha reglamentado para esa zona del IDEVI en 80 kms/h cual surge de fs. 232/234.- - - - -

-----Recientemente tuve ocasión de expedirme en la Se. Nº 96/2004 del 24-11-2004 en

la que en carácter de Juez de primer voto, en el que conté con la adhesión de mi distinguido colega Dr. ALBERTO ITALO BALLADINI, tuve oportunidad de decir: “... LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDADES, ASI COMO LA CULPA, SON CUESTIONES DE HECHO NO SUSCEPTIBLES DE REVISION EN ESTA INSTANCIA EXTRAORDINARIA. SIN EMBARGO, ES SABIDO QUE DICHA REGLA DE IRREVISIBILIDAD CEDE ANTE CASOS EN LOS QUE FUNDAMENTALMENTE SE INVOQUE UN EXCEPCIONAL SUPUESTO ... Y SE DEMUESTRE “PRIMA FACIE” DESVIO EN LA MERITUACION DE LOS DIVERSOS ELEMENTOS DE INFORMACION REUNIDOS EN EL PROCESO QUE PUDIERAN CONducIR A UNA IRRAZONABLE CONCLUSION REÑIDA CON LA LOGICA Y DESAUTORIZADA POR LA LEY TAL SITUACION, EN MI OPINION, SE DA EN LA SENTENCIA SUB EXAMINE ... EL VOTO EN QUE SE FUNDA EL FALLO, REALIZA UNA ALUSION GENERALIZADA A LA PRUEBA PRODUCIDA, SIN EXPLICAR LOS CRITERIOS QUE SE TUVIERON EN CUENTA O LA DEDUCCION LOGICA QUE EFECTUÓ EL “A QUO” PARA DETERMINAR OMITIENDO EVALUAR LA PRUEBA PERICIAL Y LA TESTIMONIAL OBRANTE EN AUTOS ... A PARTIR DE ALLI EDIFICA LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA HACIENDO CASO OMISO DE LA PRUEBA PRODUCIDA Y A TODOS LOS PRINCIPIOS QUE IMPONE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (ART 1113 DEL C.C.) QUE PRESCINDE DE LA IDEA DE CULPA COMO FACTOR DE ATRIBUCION. EL TRIBUNAL DE ALZADA OMITIO EVALUAR LA RESPONSABILIDAD QUE LE CABE A LA EMPRESA POR SER DUEÑA DE LA COSA RIESGOSA Y NO CUMPLIR CON LAS NORMAS QUE RIGEN EN LA MATERIA ... Y RESTO VALIDEZ A LAS EVIDENCIAS EXISTENTES EN AUTOS SIN DAR RAZONES LOGICAS POR LAS CUALES LAS OMITE. TODO ///.- ///.-ELLO HACE QUE CAREZCA DE MOTIVACION EL ACTO JURISDICCIONAL. NO SE ADVIERTE EN EL FALLO ATACADO CUAL HA SIDO EL DESARROLLO DEL JUEZ, NI COMO ANALIZA LOS SUPUESTOS HECHOS ADMITIDOS Y LAS PRUEBAS QUE SE VERIFICAN, PARA SUBSUMIRLOS EN LOS PRECEPTOS JURIDICOS QUE INVOCA. LA OBSERVANCIA DEL RECAUDO DE LA MOTIVACION CONSTITUYE EL MODO MAS IDONEO PARA CONTROLAR LA ACTIVIDAD DECISORIA Y VERIFICAR EL EFECTIVO RESPETO DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES (CONF. MORELLO-SOSA-BERIZONCE,

“CODIGOS PROCESALES EN LO CIVIL Y COMERCIAL”, T° II-A, COMENTARIO AL ART. 163) ESTOS CRITERIOS FUERON RECEPTADOS POR LA C.S.J.N. Y TOMADOS POR ESTE S.T.J. EN SE. 57/00NUESTRA CONSTITUCION PROVINCIAL EN EL ART 200, ESTABLECE EXPRESAMENTE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR Y FUNDAR LA MANDA CONTENIDA EN EL REFERIDO PRECEPTO SE TRASLADO AL ORDENAMIENTO ADJETIVO LOCAL EN EL ART 34 INC. 4° ...DEBER QUE SE VINCULA CON ... ART 163 INC 4° Y 5°,... QUE POR IMPERIO DEL ART. 164, TODOS DEL C.P.C.C. SE TRASLADAN A LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS DE SEGUNDA O ULTERIOR INSTANCIA Y CUYO INCUMPLIMIENTO DETERMINA LA NULIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO... (CONF. STJ SE. 40/94) ... LOS VOTOS DE LOS JUECES DEBEN SER FUNDADOS. EL JUEZ DARA LOS PROPIOS FUNDAMENTOS, SUSTENTANDO SU OPINION, COMO GARANTIA NECESARIA DEL ESTUDIO DE LAS CAUSAS EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER IMPUESTO POR EL ART. 34 INC. 4° DEL C.P.C.C. ... CON LO CUAL PODEMOS CONCLUIR QUE EN AUTOS, NO RESULTA SATISFECHO, SINO DE MODO APARENTE, EL REQUISITO DE QUE LOS FALLOS CONSTITUYAN DERIVACION RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE APLICABLE A LOS HECHOS PROBADOS DEL CASO, PUES LA SENTENCIA EN CRISIS NO SE HALLA DOTADA DE LA FUNDAMENTACION SUFICIENTE QUE ES DABLE EXIGIR COMO CONDICION DE VALIDEZ DE LOS FALLOS JUDICIALESES MI OPINION ENTONCES, QUE LAS PRUEBAS SEÑALADAS PRECEDENTEMENTE, EN RAZON DE HABER ///.- ///9.-SIDO VALIDAMENTE INCORPORADAS A LA LITIS Y POR LA TRASCENDENCIA DE SU CONTENIDO, DEBEN SER OBJETO DE UN NUEVO ANÁLISIS CONFORME LAS NORMAS INVOLUCRADAS EN EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD Y DE MANERA INTEGRAL Y ARMONIZADA ... (COUTURE, “FUNDAMENTOS”, PAG. 226/233)E INSTAURADO EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA REDACCION ACTUAL DEL ART 1113 DEL C.C., PARTICULARMENTE EN SU PARRAFO SEGUNDO COLOCA EN CABEZA DEL DUEÑO O GUARDIAN DE LA COSA LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL RIESGO O VICIOS DE LA COSA, RESPONSABILIDAD QUE SOLO CEDE SI SE ACREDITA LA CULPA DE LA VICTIMA O DE UN TERCERO POR QUIEN NO DEBE RESPONDER.- ES DECIR, INCUMBE AL ACTOR PROBAR LA INTERVENCION

ACTIVA DE UNA COSA, EL DAÑO SUFRIDO POR LA VICTIMA, QUE ESTE SE PRODUJO POR EL RIESGO O VICIO DE LA COSA Y LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL RIEGO DE LA COSA Y EL DAÑO. PERO PROBADA COMO FUE LA INTERVENCION DE LA COSA Y LA CONEXION DE LA MISMA CON EL DAÑO PRODUCIDO, SURGE LA PRESUNCION DE QUE ESTE ESTA ORIGINADO POR EL RIESGO O VICIO DE LA COSA. SE TRASLADA ENTONCES AL DUEÑO O GUARDIAN DE LA MISMA EL DEMOSTRAR LO CONTRARIO; EN EL CASO, DEMOSTRAR LA CULPA DE LA VICTIMA Y/O DE UN TERCERO POR QUIEN NO DEBE RESPONDER, PARA EXIMIRSE DE RESPONSABILIDAD (ART. 1113, SEGUNDO PARRAFO, ULTIMA PARTE). ES ESTO ULTIMO, QUE SI BIEN FUE CONSIDERADO EN EL DECISORIO DE LA CAMARA, EN ATENCION A LAS REGLAS (CARGAS PROBATORIAS) QUE SURGEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTABLECIDA POR EL ART. 1113 DEL C.C., A MI MODO DE VER SE APOYA EN ARGUMENTOS VOLUNTARISTAS, QUE NO CONSTITUYEN UNA DERIVACIÓN RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE, DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS PROBADAS EN LA CAUSA ... DEBE AÑADIRSE QUE LA TENDENCIA UNIVERSAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL AQUI EXPUESTA Y QUE COMENZARA EN CORDOBA (III CONGRESO NAC. DE DER. CIVIL,///.-///.-1961), CONTINUO CON LA REFORMA DE LA LEY 17711 Y FUNDAMENTALMENTE EL ART 1113 DEL C.C. Y SE HA REEDITADO EN TODOS LOS PROYECTOS POSTERIORES: “LA VIOLACION DEL DEBER DE NO DAÑAR A OTRO GENERA LA OBLIGACION DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO” (ART. 1349-COMISION DECRETO 468/92). “Y LOS QUE LE SIGUIERON. EN CONCLUSIÓN: EN EL ENTENDIMIENTO DE QUE EL JUZGADOR DE GRADO HA VALORADO PARCIAL O FRAGMENTARIAMENTE PLURALES PROBANZAS Y EN CONSIDERACION DE QUE UNA ADECUADA VALORACION DE LAS CONSTANCIAS DE LA CAUSA, ...PODRIA TENER –EVENTUALMENTE- APTITUD PARA PROVOCAR UN FALLO DISTINTO, SE IMPONE LA RECEPCION FAVORABLE DEL RECURSO INCOADO. AL RESPECTO, ESTE S.T.J. HA DICHO QUE. “EL DEFECTO DE MOTIVACION POR VALORACION ABSURDA DE LAS PRUEBAS REVISTE EL CARACTER DE VICIO “IN PROCEDENDO”, ACARREANDO LA ANULACION Y EL CONSIGUIENTE REENVIO” (DE LA RUA, “EL RECURSO

DE CASACION”, PAG. 506, STJRN. SE. 121/96)...”.- - -

-----Un juzgamiento recaído con prescindencia o en contravención de una o mas pruebas decisivas, aloja el vicio de arbitrariedad. En esas condiciones, va en menoscabo de derechos de índole constitucional: debido proceso, defensa en juicio, de propiedad
.....

-----En conclusión, la sentencia impugnada del “a quo” incurre en la causal invocada por la recurrente al omitir considerar hechos y prueba según las consideraciones que anteceden. MI VOTO por la AFIRMATIVA.-----

A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:-----

-----No comparto el criterio sustentado en la resolución del presente caso por mi distinguido colega Dr. Luis Lutz; a pesar del minucioso análisis que realiza de la cuestión, toda vez que: el Sr. Juez preopinante en sus fundamentos omite el///.- ///10.- examen, que efectúa el Juez de Instrucción Penal en la resolución a través de la cual dicta el sobreseimiento a fs.219/220 de la respectiva causa individualizada como “CANELO CARLOS A. Y OTRO s/HOMICIDIO Y LESIONES GRAVES EN ACCIDENTE DE TRANSITO” (Expte. 20516/1996).-----

-----De allí se desprende nítidamente que la velocidad de circulación del ómnibus fue motivo de análisis y pronunciamiento por parte del juez de instrucción en la sentencia interlocutoria que ha adquirido firmeza, y por ende hace cosa juzgada del hecho motivo de este proceso y que el elemento mencionado -velocidad- integra el “corpus criminis”. Motivo por el cual no es posible, en este proceso reeditar cuestiones de hecho y prueba como la aludida, por cuanto es insalvable la cuestión de prejudicialidad que provoca en el presente el pronunciamiento judicial antes mencionado. Ello, en tanto resultan de aplicación al caso los dispositivos establecidos en los arts. 1101 a 1103 del Código Civil.- - - -

-----Así, respecto a la influencia de la sentencia penal en el proceso civil, en lo referente al contenido de la expresión “existencia del hecho principal” se ha dicho que tal expresión comprende todo lo que los penalistas denominan “imputación objetiva”; abarcaría, en consecuencia, la materialidad del hecho (p.ej., José murió en un accidente de tránsito); la autoría (José murió atropellado por un vehículo que conducía Juan); la tipicidad (el acto encuadra dentro de la figura prevista en el art. 79 del Cód. Penal) y la antijuricidad. Por eso el juez civil no podría decir que el hecho no existió o que el

condenado no fue autor, o que no hubo homicidio sino omisión de auxilio. Igualmente estaría obligado por las circunstancias de lugar y tiempo en que se produjo el hecho principal,///.- ///.-declaraciones que adquieren trascendental importancia cuando se debate la excepción de prescripción o problemas de sucesión de leyes en el tiempo y en el espacio (Belluscio - Zannoni, Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado, Ed. Astrea, T. 5, p.307).- - - - -

-----Sin embargo, cuando hay absolución del acusado (art. 1103 del Cód.) la jurisprudencia y la doctrina destacan algunas particularidades. Así, respecto a la materialidad del hecho, se entiende por tal el hecho sustancial que se atribuye al demandado. Comprende -como señala LLambías- las circunstancias que se estiman esenciales para resolver la cuestión. Así, p. ej., si el juez penal ha absuelto al maquinista de un tren por considerar que las barreras estaban cerradas, no puede el juez civil estimar que estaban abiertas. Es decir, el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que dio por verificados el magistrado penal. En tal sentido se ha resuelto que: “absuelto el acusado en la jurisdicción criminal por no haberse acreditado la existencia del hecho que se le imputa, no puede ser objeto de un nuevo juicio civil, fundándose en que cometió el hecho, porque sería volver sobre la cosa juzgada y exponer al escándalo jurídico de dos decisiones contrarias. La falta de tipicidad penal del acto no incide en la responsabilidad civil, pues ya se ha dicho que el Código Civil se contenta con una antijuricidad genérica. Por eso puede ocurrir que el juez penal absuelva por no existir delito penal y el civil acoja la demanda porque el hecho es un cuasidelito civil o, aunque no lo sea, ha dado origen a una obligación de restituir o indemnizar (Belluscio - Zannoni, ob. cit. T.5, ps.311/312).- - - - -

-----Lo cierto es que la pretendida nulidad por omisión de valorar prueba esencial atento a los dictámenes periciales///.- ///11.-obrantes en autos (fs. 103/106 y fs. 110/111), de modo alguno pueden colisionar con el pronunciamiento que ha adquirido firmeza y el carácter de cosa juzgada. A lo sumo y ante esta situación el juez civil podría a todo evento haber fijado una concurrencia de culpas, cuestión esta que traigo meramente a título de hipótesis, pero de modo alguno tales elementos de prueba pueden conmovier lo que ya quedó establecido en una sentencia que ha adquirido carácter firme.- - - - -

-----Habiendo analizado pormenorizadamente todas las constancias de autos, advierto que tanto la sentencia de Alzada como la de primera instancia han hecho mérito de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar con ajuste a derecho.- -

-----Porque aún analizada la cuestión a la luz del art. 1113 en su actual redacción

-----En tal sentido, este Superior Tribunal ha sostenido que: “La determinación del grado de responsabilidad que cada///.- ///12.-protagonista ha tenido en un accidente, así como la acreditación en la eximente de responsabilidad prevista en el art. 1113, ap. 2 in fine del CC. constituyen típicas cuestiones de hecho no susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria en tanto no se demuestre quebrantamiento de las reglas que rigen la prueba o apreciación absurda de la misma” (Conf. STJRN., Se. N° 126/92 in re: “GALINDO DE ALMONACID”; Se. N° 4/01, in re: “VIVANCO”; Se. N° 44/02, in re: “GORZIANO”); “La determinación de la causa eficiente de un accidente de tránsito es una cuestión de hecho, propia del mérito e irrevizable -en principio- por vía del recurso de casación, salvo absurdo” (S.T.J. Se. N° 255/95 “MACCARONE; Se. N° 18/03, “MEDINA”).- - - - -

-----Idéntico reparo advierto con el agravio por omisión de valoración de prueba válidamente incorporada al proceso, pues el mérito es soberano en la selección y jerarquización de la prueba que considera conducente, siempre que no incurra en flagrante y evidente contradicción con las normas que rigen la valoración y producción de la prueba, situación que entiendo, no se da en autos.- - - - -

-----Así, en lo referente a la valoración y/o selección de la prueba, este Cuerpo tiene dicho que: “Determinar la aptitud o no que tiene un medio de prueba arrimado a la causa, calificar su idoneidad intrínseca y escoger su fuerza de convicción por encima del resto del plexo probatorio, es tarea del mérito, ejercicio que realiza dentro de la facultad que el ordenamiento legal objetivo le concede”, por lo que aún: “la valoración equivocada, discutible, objetable o poco convincente de la prueba, no basta para abrir la instancia extraordinaria de la Casación” (STJ. Se. N° 94/93, “U.T.G.R.A.”, Se. N° 8/03, ///.- ///.-“LO CACCIATO”); “La selección, jerarquización y valoración de los medios de prueba, es privativa del tribunal de grado y exenta de contralor en casación mientras no se haya violado la hermenéutica probatoria” (STJ. Se. N° 67/97, “POLIMERO”); “Para fundar el recurso de casación, no es suficiente sostener que no se evaluó determinada prueba, sólo señalándola, sino que es menester rebatir pormenorizadamente el razonamiento del fallo adverso, criticando su estimación de los hechos y demostrando que la inclusión del elemento faltante aparejaría necesariamente el derrumbe de la estructura lógica del fallo” (conf. STJRN. Se. N° 115/90, “AMORIN Y CIA.”, Se. N° 8/01, “CALVO”).- - - - -

-----Con respecto a la velocidad del rodado mayor se observa que el Tribunal de grado no prescindió de la valoración de la pericia accidentológica. Es más, de la lectura del

fallo impugnado, se observa que la Cámara ponderó tal prueba, pero con un criterio distinto al pretendido por el recurrente, considerando al respecto que la velocidad teórica establecida por el perito de 105,4 Km/h, por lógicas razones elementales en la merituación de las pruebas, no puede tomarse con una magnitud que refleja exactamente la verdad histórica de lo acontecido, constituyendo en todo caso, una aproximación, como lo es también la ponderación del testigo Bordón quien apreció que la velocidad de circulación del colectivo en ese momento rondaría los 90/95 Km/h (fs. 18 y 101 del expte. N° 20.516/96 del Juzgado de Instrucción N° 2), con la relatividad que también estos dicho merecen por provenir de un dependiente de la empresa demandada y compañero laboral del codemandado Canelo (ver. último párrafo de fs. 472 y vta.).- - -

- - - - -

-----Sin perjuicio de lo expuesto, como ya lo advertiera al///.- ///13.-inicio del presente voto, debe tenerse en cuenta que el art. 1103 del Código Civil establece que: “Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución”. Ello, en tanto el Juez de Instrucción al dictar el sobreseimiento total a favor de Carlos Alfredo Canelo mediante la sentencia N°165 de fecha 4.11.1996, expresó entre otras consideraciones, que el colectivo circulaba a una velocidad aproximada de 90/95 Km/h.- - - - -

- -

-----Queda claro entonces, que más allá de los agravios esgrimidos (violación de los art. 902 y 1113 del Cód. Civ. y omisión de valorar prueba esencial), lo que se intenta revertir en esta instancia de legalidad, es precisamente la apreciación realizada por la instancia ordinaria, respecto de las pruebas tenidas en cuenta para llegar a la conclusión que se llegó.- -

-----La Cámara para resolver la controversia se basó en la exclusiva interpretación del cuadro probatorio obrante en autos, analizar nuevamente cómo se sucedieron los hechos y las pruebas que sobre ellos se encuentran en el proceso transformaría a esta en una tercera instancia violando el límite que el recurso extraordinario ofrece.- - - - -

-----En el caso, para concluir que no se configuraron las eximentes de responsabilidad que prevé el art. 1113 o si se omitió considerar el art. 902 del CC., deberíamos necesariamente evaluar el conjunto probatorio existente y consecuentemente introducirnos en cuestiones de hecho y prueba como son la velocidad del micro, si el conductor obró correctamente o no, desprendimiento del carrito, negligencia o no del conductor del tractor, etc. cuestiones todas propias de los jueces de grado y exentas de

control en esta ///.- ///.-instancia excepcional.- - - - -

-----En definitiva, surge evidente que las argumentaciones sustentatorias de la invocada violación a la ley (arts. 902 y 1113 del Cód. Civ.), como la invocada omisión de valorar prueba incorporada al proceso, resultan en definitiva una discrepancia subjetiva con la selección y apreciación de los elementos de información reunidos en el proceso, y por medio de los cuales se pretende debatir nuevamente la causa eficiente del daño, así como las eximentes de responsabilidad (culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responderse, caso fortuito) cuando dichas temáticas, por su naturaleza fáctica y probatoria, son propia de los jueces de grado y ajenas a la casación.- - - - -

-----Por último, con respecto al invocado quebrantamiento del art. 1113 del Código Civil en que habrían incurrido las sentencias de mérito, fundado en la circunstancia de que por una parte se hayan apoyado -para determinar las eximentes de responsabilidad- en la investigación penal y en la sentencia de sobreseimiento dictada a favor del chofer Canelo, y luego se omitiera que el aludido tercero responsable, que era el conductor del tractor que tiraba el carrito en que viajaban las víctimas, Sr. Hugo Orlando Ruiz, también fue sobreseído en sede penal, es dable señalar que si bien el art. 1102 del Código Civil menciona dos calificaciones cuya definición en sede penal hace cosa juzgada en sede civil: “la existencia del hecho principal y la culpa del condenado”, el art. 1103 que se refiere específicamente a los casos en que haya “absolución del acusado” expresa sólo que “no se podrá alegar tampoco en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución”.- - - - -

-----En tal orden de ideas, la sentencia penal sólo ///.- ///14.-condiciona al juez civil en cuanto al hecho principal, no siendo vinculantes las consideraciones que la sentencia criminal -absolutoria para el imputado- pudiera haber hecho de la existencia y/o inexistencia de culpa de la víctima o de un tercero, por cuanto por los fundamentos dados en la nota al art. 1102, tales apreciaciones no se vinculan a la noción de “hecho principal” (conf. Bueres - Highton, Código Civil y Normas Complementarias. Ed. Hammurabi, T. 3A, p. 325).- - - - -

-----En la actualidad, la tesis que propicia la libertad de apreciación del juzgador civil cuando un juez penal ha absuelto por falta de culpabilidad, es doctrina judicial y autoral que podemos considerar mayoritaria y consolidada. En el primer aspecto, a partir del plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 2 de abril de 1946 (“Amoruso c. Casella”, JA, 1946-I-803); en el segundo luego de la adhesión de calificados y coincidentes pareceres (ver Creus, “Influencia del proceso penal sobre el proceso civil,

p. 147; Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado, Belluscio - Zannoni, T. V, p. 314; Trigo Represas - Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por accidente de automotores, 1987, T. 2b, p. 649; Brebbia, Problemática jurídica de los automotores, T. II, p. 206; LLambías, Código Civil Anotado, T. II-B, p. 411) conforme a los cuales la sentencia criminal “hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho pero no en cuanto a la inexistencia de culpa.” (Alterini-Ameal-López Cabana, “Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales”, 1995, p. 248).- - - - -

-----Los argumentos que se esgrimen en soporte de tal aserto, más allá de la significativa omisión legal de mención a la culpa en el art. 1103, se vinculan con la diferente ///.- ///.- naturaleza y gradación de la culpa penal y la culpa civil, en tanto la primera busca reprender al autor del hecho mientras la segunda propende a lograr una efectiva reparación del daño sufrido por la víctima, con lo cual es más estricta la apreciación en la esfera iusprivatista que en la represiva. Quizás las razones más sólidas que evidencian tal distinción pasen por dos aspectos relevantes: la inexistencia en el ámbito civil del principio in dubio pro reo, verdadero bastión garantista, de cuño constitucional, del ámbito penal; y la existencia, en la esfera civil, de culpas presuntas y de responsabilidades sin culpas (conf. Bueres - Highton, Código Civil y Normas Complementarias. Ed. Hammurabi, T. 3A, ps. 328/329).- - - - -

-----En el sub-lite, la sentencia penal que dictara el sobreseimiento total tanto de Carlos A. Canelo como de Hugo Orlando Ruiz (chofer del tractor), coincide en su totalidad con la existencia del hecho (accidente) objeto de la presente acción de daños y perjuicios, sólo que considera respecto al último de los nombrados “que si bien se encuentra probado en autos que era éste quién conducía el tractor, no surge de la investigación practicada que su accionar fuera motivo de un manejo imprudente, negligente o falta de pericia, ya que de la prueba colectada no se ha podido establecer que fuera éste quien habría dispuesto enganchar el carro, bajo las condiciones acreditadas en la causa, motivo por el cual se impone resolver a su respecto la solución jurídica prevista en el art. 307 inc. 1, sgdo. supuesto del CPP.”, pero ello no hace -conforme al art. 1103 citado- cosa juzgada en sede Civil, conservando en consecuencia el Juez Civil su libertad de apreciación para todo lo que no quede comprendido en los mencionados arts. 1102///.- ///15.-y 1103 del Código Civil, como podría ser la culpa del tercero, en este caso del conductor del tractor.- - - - -

-----Al respecto, este Cuerpo ha dicho que: “La sentencia absolutoria dictada en el fuero penal no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil con respecto a la culpa del imputado; y puede discutirse en juicio civil la existencia de culpa condenándolo como autor de cuasidelito a pagar la indemnización correspondiente.” (STJ. Se. N° 96/91, “MARTINEZ”); “El art. 1102 del CC. menciona dos calificaciones cuya definición en sede penal hace cosa juzgada en sede civil: la existencia del hecho principal y la culpa del condenado; el 1103 sólo la inexistencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución. Estas son cuestiones vinculantes para el juez civil pudiendo decirse entonces que el mismo conserva su libertad de apreciación para todo lo que en ellas no quede expresamente comprendidas.” (conf. Llambías, Cód.Civ.Anotado, T. 2-B, p. 407; STJ. Se. N° 52/93, “HERMOSILLA”; Se. N° 18/03, “MEDINA”); “El sobreseimiento -o la absolución- en el fuero penal no hace cosa juzgada en el proceso civil si se funda en la falta de culpa del imputado; pero sí atará al Juez Civil si se ha fundado en la inexistencia del hecho. Esto es así por cuanto la culpa penal que es juzgada rigurosamente y no se admite en caso de duda, es diferente de la culpa civil, que se juzga con criterio amplio favorable a la víctima.” (STJ. Se. N° 96/91, “MARTINEZ”; Se. N° 18/03, “MEDINA”).-----

-----En conclusión, en el entendimiento de que los agravios esgrimidos nos conducen al análisis de los hechos y evaluación de las pruebas, imposibles de ser revisados nuevamente a través de esta vía de excepción, en razón de que la casación no puede ingresar a una revalorización de los elementos de juicio ///.- ///.-de la causa, transitando las mismas reflexiones que el tribunal de mérito y cambiando tan sólo la significación final que le asigna a cada probanza, pues ello significaría lisa y llanamente instaurar la tercera instancia, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 477/482.-

-----En tal sentido este Cuerpo ha dicho que: "El recurso de casación no es una tercera instancia ordinaria destinada a revisar la justicia y/o injusticia del fallo que se impugna, desde que su finalidad consiste exclusivamente en un examen de legalidad." (S.T.J. Se. N° 161/91, "CAMPOS"; Se. N° 36/02, "JOISON"); "La casación no constituye una tercera instancia ordinaria en la cual resulten susceptibles de revisión las cuestiones de hecho y prueba, privativas en principio de la instancia ordinaria." (S.T.J. Se. N° 87/91, "ARMADA DE SIERRA"; Se. N° 79/03, "TAPIA"). MI VOTO por el RECHAZO.- - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:-----

-----I) En la presente causa debo dirimir entre las posturas del primer votante Dr. Luis Lutz, en tanto propicia acoger el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 477/482, y del segundo votante Dr. Alberto I. Balladini, que propicia el rechazo del Recurso interpuesto.- -----

-----II) Tres cuestiones aparecen como importantes a la hora de dirimir:- -----

-----a) La que ponderó el Tribunal de grado al confirmar la sentencia de primera instancia, en el sentido de que no existe nexo causal entre el daño verificado y la velocidad del coche de El Condor ETSA, y que medio caso fortuito y el hecho es imputable a un tercero;- -----

-----b) La que introduce el casacionista en su Recurso///.- ///16.-de Casación en orden a considerar que el Tribunal de grado ha omitido prueba esencial (informativa, testimonial, pericial), y que en lo esencial sigue el Juez del primer voto que propone nulificar la sentencia recurrida; y- -----

-----c) La que introduce el señor Juez de segundo voto, en orden al alcance que corresponde otorgar al sobreseimiento definitivo en sede penal recaído en la causa “Canelo Carlos A. y otro s/ homicidio y lesiones graves en accidente de tránsito. Expte. 205.16/96”. Y sus efectos sobre la procedencia de la acción civil.- -----

-----III) Que adelanto mi posición en favor de la confirmación de la sentencia recurrida, y por ende el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. con costas.- -----

-----Si bien la sentencia de la Cámara Primera de Viedma, carece en algunos tramos del rigor técnico sustancial de una sentencia de daños, acierta a mi modo de ver en lo principal, que es descartar la existencia de relación causal (901/906 del Código Civil).- -

-----Los presupuestos de la responsabilidad civil, han sido sabiamente resumidos por Félix A. Trigo Represas. Ver. Revista de responsabilidad civil y seguros No X. De Noviembre/2004, La Ley,págs. 1/21: el daño, la relación de causalidad, la antijuricidad y los factores de atribución/exoneración.- - - -

-----Como en la presente causa no se discute el daño, sino el factor de atribución, alterando el razonamiento que corresponde emplear, proseguiré concretamente con el análisis de la relación causal.- -----

-----Conviene aclarar ab-initio, que se trata sin dudas, como lo sostuviera Llambías, de una causalidad jurídica y no puramente material, ya que el derecho no es una física de ///.- ///.-las acciones humanas (L.L. 107-1015 y sgtes.). Sentado ello, se entenderá el porque la reforma de 1968, al C. Civil, modificò expresamente el art. 906 del C. Civil, para consagrar la doctrina de la causalidad adecuada (Ver en nota 18, la exposición central de Borda, y el acompañamiento siguiente de Brebbia, Carranza, Cataldi, Compagnucci de Caso, Goldemberg, Leonfanti, Mosset Iturraspe, Salas, Spota, etc.), lo que configura una doctrina consolidada después de treinta y cinco años de vigencia.- - -

-----Observo en el voto del colega Dr. Luis A. Lutz, un encuadramiento preliminar en orden a resolver la cuestión por los principios de la causalidad material, y específicamente adhiriendo a una de las corrientes, aparentemente de la “conditio sine qua non”, aunque no esté enunciado. Ello se desprende por el interés en precisar si frente a una velocidad probable del omnibus en el lugar del siniestro de hasta 80, 85, 90, 95, 100, ó 105,4 Kmts. por hora, de acuerdo a los distintos informes técnicos administrativos viales o periciales, se podía imputar el siniestro a la Empresa de Transporte El Condor ETSA.- - - - -

-----En cambio si yo analizo el problema desde la causalidad jurídica, parto de un criterio de previsibilidad. Descarto que todas las condiciones sean equivalentes.- - - - -

-----Y así, recurriendo a la regla de experiencia (Stein, “El conocimiento privado del Juez, págs 76/77), puedo rápidamente concluir que no podía resultar previsible que accediera a la ruta nacional, un vehículo con un carro enganchado y que en el mismo se transportara una persona, luego fallecida tras el impacto, y que esto ocurriera en la mano contraria, es decir por donde circulaba el omnibus de la empresa El Cónдор. No///.- ///17.-entro en los factores de atribución porque no es necesario.- - - - -

-----Siguiendo los lineamientos de la causalidad tenidos en cuenta por el juez del primer voto, en el sentido de que la sola infracción de la velocidad máxima permitida (80 o 90 Kmts. por hora), según los informes, resultaría imputable bajo supuesto de responsabilidad objetivo (art. 1113 del CC.), me alcanza para excluirlo con solo aplicar la regla de experiencia que indica que un vehículo a esa velocidad necesita en condiciones normales, más de cien metros para ser detenido (ver además pericia de fs. 105/106). Con lo cual el cruce intempestivo de la mano de acceso a la ruta a la mano

contraria por donde se desplazaba el ómnibus, es indudablemente un acontecimiento imprevisible, que escapa al curso normal y ordinario de los acontecimientos para cualquier hombre corriente (art. 901 del C. Civil, Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, págs. 250/264).- - - - -

-----Y ningún chofer o conductor, en condiciones normales, podría frenar para impedir el impacto del ómnibus con el carrito que se cruzaba sorpresivamente, y mucho menos imaginar que allí se transportaba a una persona (Orgaz, “El Daño Resarcible”, págs. 156/157). Aún cuando se trate de un exceso de velocidad violatorio de una norma de tránsito, debió acreditarse en que medida adecuada contribuyó a la producción del resultado, pues deben analizarse la totalidad de los hechos, ya que la infracción a dichas normas primeramente se produce cuando se accede a la vía pública (Ruta Nacional), sin tomar los recaudos de marcha a paso de hombre, transportar personas en medios precarios o acceder a ellos libre y voluntariamente en tiempo y circunstancias normales, ///.- ///.-aceptando la propia conducta. Si el hecho es imprevisible e inevitable queda descartada así la previsibilidad en abstracto, no es menester entrar al análisis de la culpabilidad, ni a los factores de atribución sobre los que también se ha argumentado en los votos que me preceden.- - - -

-----No obstante lo expuesto, me veo obligado a formular algunas precisiones:- - - - -

-----Resulta aplicable la doctrina sentada por la CSJN. al resolver “Isaac Tissembaum vs. Héctor Ignacio Racich y otro” - Fallos 303:1265: ”Corresponde rechazar el agravio referido a que el a quo, al prescindir de las constancias de la causa criminal, ha dejado de aplicar los arts. 1101 y 1102 del Código Civil, ya que no habiendo recaído sentencia condenatoria en aquella sede no puede existir violación de los preceptos citados, y tampoco el recurrente demuestra que el peritaje constituya, frente a los argumentos por los que el Tribunal descartó sus conclusiones, un elemento esencial capaz de imponer una solución diversa al sentenciante, de modo que su preterición pudiera equipararse a un desconocimiento de la verdad jurídica objetiva”. Estas reglas de relación causal adecuada, se aplican tanto en orden a la culpabilidad subjetiva “*strictu sensu*” (arts. 512, 1109 y sptes. C.Civil.), como a los de responsabilidad objetiva donde juega como eximente la acreditación de una causa ajena (art. 1113, Ira. parte), o la culpa de la víctima o de un tercero por quién no deba responder (art. 1113, 2da. Parte). (Sobre este tema ver Kemelmajer de Carlucci, en el C.C., comentado, de Belluscio –Zannoni, Tomo V, pág. 388 y sptes., y en particular págs. 390,393,397,487,501,504,508,564.568 y sptes., y al

exclusivo estudio que efectuara Isidoro Goldemberg: “El///.- ///18.-principio de causalidad adecuada” en un esclarecedor fallo, publicado en J.A. DEL 30.04.97, pág. 26 al que me remito.- - - - -

-----IV) Obiter dictum me referiré al art. 1103 del Civil:- - -

-----Al respecto debo efectuar algunas precisiones, en orden a lo sostenido por el Juez del segundo voto, Dr. Alberto I. Balladini, a efectos de que no existan contradicciones.- - -

-----Seguiré la doctrina sentada por la CSJN., al resolver “Aidee Parada vs. Luis Elias Norambuena” - Fallos 315:727. “La omisión de referencia a la “culpa” en el Art. 1103 del Código Civil, y que si fue incluida en el el Art. 1102, no fue una omisión voluntaria ni puede entenderse como el fruto de una redacción defectuosa, sino que fue deliberado, pues responde al pensamiento efectivo del legislador sobre el modelo de Freitas-Esbozo, arts. 836 y 837 y de los jurisprudencias franceses.”.- - - - -

-----Y culmina: “Es descalificable la sentencia que, con sustento en la equidad, en citadas doctrinales incompletas y en una interpretación fragmentaria de la nota del codificador al artículo 1103 del Código Civil, atribuye al sobreseimiento definitivo dictado en sede penal, autoridad de cosa juzgada en la pretensión resarcitoria civil”. Con lo que siempre, el Juez civil, superado el valladar de la relación de causalidad adecuada, puede entrar a juzgar la culpa no obstante para ello el dictado de un sobreseimiento definitivo.- - - - -

-----En lo concerniente a la sentencia absolutoria, la CSJN. al resolver Aguirre Chandi vs. Condello Eduardo (L.L., 1997-D-249), estableció que: “Es procedente el recurso extraordinario aunque las impugnaciones remitan al examen de cuestiones fácticas y de derecho común, si la decisión///.- ///.-cuestionada se basa en una exégesis irrazonable de la sentencia penal absolutoria -cuyos efectos hizo extensivos al proceso civil, por aplicación del art. 1103 del Cód. Civil-, limitándose a un análisis aislado de los diversos elementos obrantes en la causa, sin atender al motivo principal utilizado en sede penal para absolver al imputado. Ello, pues transgrede la adecuada fundamentación de los fallos judiciales, como exteriorización del cumplimiento de la garantía del debido proceso de los justiciables”.- - - - -

-----Con lo que, ni aún la sentencia absolutoria es obstativa para que el Juez civil pueda conocer de la causa, salvo los límites impuestos por la propia ley (CSJN, L.L. L998,f-539) “Queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin

comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa”. Para entenderlo, como lo dijo la CSJN. en los precedentes citados, habrá de remitirse a la nota que el Codificador le puso a los Arts. 1102 Y 1103, donde Vèlez Sàrsfield comenta la disputa entre Merlin y Toullier, y cita a otros autores franceses (conf. Jorge Mosset Iturraspe, “La independencia de la acción civil frente a la penal. El porque de esta independencia sustancial”, Revista de Derecho de Da