



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 20 de febrero de 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"QUESADA LILIANA ESTHER Y OTROS C/ MATULICH CARINA ESMERALDA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (JNQC11 EXP N° 516348/2016), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- A 198/208 obra la expresión de agravios de los actores fundando el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30.11.2018 (fs. 179/186); piden se revoque en lo que es materia de cuestionamiento, con costas.

Plantean como cuestión previa que se ordene la remisión de los registros de audio y video de la audiencia de control de acusación de fecha 18.11.2016 que forman parte del Legajo Penal N° 61655, atento a que se han agregado copias simples del último, que contienen una mera transcripción parcial de lo sucedido en un acta.

En primer punto, y luego de transcribir partes de la sentencia sobre la velocidad del rodado, dirección que llevaba la víctima, lugar de impacto, existencia de semáforos en la intersección y declaración del testigo presencial, denuncia que la jueza de primera instancia ha omitido valorarla de manera completa e integral, y específicamente que de la grabación de la audiencia citada en el párrafo anterior, surge que la imputada reconoció la totalidad de su culpa y responsabilidad absoluta en el hecho que ocasionó la muerte de la víctima, cuando sólo del acta resulta que "Pide disculpas"; que este reconocimiento expreso, cuando contaba con debida

defensa legal, no es menos que un acto jurídico relevante y con plenos efectos en autos, de acuerdo a la doctrina de los hechos y actos propios; que resulta arbitraria la omisión de la juez de grado respecto a haber analizado el legajo penal de manera íntegra, con todos los registros de audio y video que forman parte de éste, donde la demandada asume su total responsabilidad en la mecánica del evento; respecto a la declaración del testigo presencial Dinolfo, cuestiona que su contenido es valorado en forma parcial y someramente, en tanto manifestó que el auto venía atrás de la bici y la impacta, no iban en paralelo, llevaban el mismo sentido por la calle San Martín, que el rodado mayor estaba detenido antes de la esquina, el semáforo estaba en rojo, y que la demandada dijo que no lo había visto al ciclista, acreditándose así que éste contaba con semáforo verde cuando giró desde la calle Combate de San Lorenzo a la San Martín, y es embestido cuando ya estaba circulando hacia el centro; que de ninguna probanza surge que éste había transpuesto la intersección violando la luz del semáforo.

Cuestiona que en la sentencia se morigere la incidencia en el accidente que tuvo la velocidad excesiva de la demandada, cuando en sede penal la pericia informa que mínimamente era de 64.41 km/h y en esta causa de 48 km/h, mientras que la admitida era de 40 km/h; sostiene que fue ésta la única causa eficiente debidamente acreditada por la que se produce el lamentable hecho; resultando ser la única responsable del evento dañoso, y que de haber circulado a la velocidad permitida, sin duda no hubiera ocurrido.

Critica desvalorizado las actuaciones penales y que se haya exculpado parcialmente de responsabilidad a la demandada pese a que allí solicitó la suspensión del juicio a prueba por 2 años y se sometió a una serie de reglas de conductas, conforme

surge del legajo penal, lo que importó asumir expresamente su culpa y responsabilidad.

En cuarto agravio objeta los montos dispares concedidos por la jueza de grado en concepto de daño moral, por ser exiguos y simbólicos sin que se condigan con antecedentes de la jurisdicción; que se ha pretendido justipreciar las vicisitudes familiares que podrían existir, como en cualquier otra familia, apartándose de lo expuesto por la perita psicóloga; que resulta arbitraria la diferencia indemnizatoria entre la hija del fallecido que fomentó la relación entre el padre e hijos, con los restantes hermanos; que se intenta ajusticiar la relación padre-hijos con información recibida luego de una entrevista psicológica, y no un tratamiento; que las sumas fijadas no compensan el verdadero daño moral experimentado por los hijos, citando antecedentes de esta Cámara y solicita la suma de \$100.000 para cada uno de éstos. Cuestiona la imposición en costas en el 50% a cada parte, señalando que con ello se desnaturaliza el principio objetivo de la derrota e integridad de las indemnización, pudiendo implicar que el monto reconocido se deba destinar a abonar honorarios y costas; que se viola e interpreta erróneamente el art. 71 del CPCyC y doctrina legal sobre la materia, donde no es razonable exigir a las víctimas el deber de formular la ardua investigación a fin de merituar daños que están sujetos a pericias y actuaciones técnicas, resultando un castigo inusitado y desmedido; cita antecedentes jurisprudenciales y formula reserva del caso federal.

Sustanciados los agravios (fs. 212-27.02.2019), responde la demandada y aseguradora citada a fs. 224/226; piden se rechace la apelación con costas.

II.- La demandada y aseguradora citada fundan su apelación a fs. 209/211; piden se revoque el fallo en lo que es materia de cuestionamiento y se rechace la demanda, con costas.

Sostienen que la jueza de primera instancia ha efectuado una errónea interpretación de las pruebas rendidas y de la normativa aplicable dejando de lado las reglas de tránsito prevista en los inc. a) y g) punto 4 del art. 41 de la Ley 24449, arribando a una conclusión que no se corresponde con el marco fáctico y el derecho aplicable, porque toma en consideración la declaración testimonial y omite de ella un dato esencial como lo es la velocidad a la que transitaba la demandada y que se hallaba detenida antes por el semáforo; asimismo la conclusión no resulta ilógica y contradice lo que acostumbra a ocurrir normalmente en una situación parecida y resulta absurda, porque si el vehículo se encontraba detenido no podría desarrollar en 10 metros de iniciada la marcha la velocidad de 48 o 67 km/h, como concluyeron las pericias, cuando la única respuesta posible es la negativa; que tampoco se resuelve conforme a derecho porque el ciclista tenía prohibido acceder a esa vía con su bicicleta porque se lo impedía el semáforo y porque carecía de prioridad de paso, tratándose de un vehículo de tracción a sangre, presentándose así dos causas que claramente determinan su responsabilidad exclusiva; que en el caso se ha interrumpido el nexo causal en forma total por la conducta de la víctima, que no tomó precaución alguna al circular y ello provocó el siniestro, que su parte cumplió con la carga que le imponía su condición de responsable en los términos exigidos por el art. 1113 del CC, y ello ha sido soslayado por la sentenciante quien realiza una errónea interpretación de las cargas probatorias que dicha norma impone e inaplica las normas (art. 41 inc. g. punto 4); que el accidente se habría producido igual ya que el actor invade sorpresivamente la calzada y esta circunstancia tornó inevitable el siniestro.

En subsidio, plantea que la responsabilidad concurrente entre las partes se fije en un 90% a cargo del actor y un 10% a cargo de la demandada.

Sustanciados los agravios (fs. 212-27.02.2019), los actores no responden.

III.- En lo que es materia de agravios de las partes, la sentencia de primera instancia sostuvo que el evento dañoso estuvo determinado por la imprudencia de ambos partícipes, produciéndose por la culpa concurrente del ciclista, víctima, y la demandada, conductora del automóvil, contribuyendo en igual medida en su producción (50%) toda vez que en los puntos de pericia no se indagó ni aportó al proceso una incidencia causal diferente.

Tuvo por acreditado que el impacto se produjo sobre calle San Martín, inmediatamente finalizada la intersección con calle Combate de San Lorenzo, y luego de que la conductora emprendió su marcha sobre la primera de las arterias referidas en sentido oeste-este; que según las actuaciones policiales, inicialmente la bicicleta se desplazaba por calle Combate de San Lorenzo y que la víctima incurrió en un comportamiento no permitido de ingresar al cruce de la arteria sin observar la señal del semáforo -teniendo la obligación de hacerlo- y no detuvo su marcha; que sin ser visto por la accionada, ésta lo embiste y despide, lo que produjo las severas lesiones que -conforme la autopsia realizada en sede penal- determinaron su posterior deceso del ciclista en el Hospital; consideró que el único testigo presencial dijo que el Citroën se encontraba detenido antes de la esquina porque el semáforo estaba en rojo y que el exceso de velocidad comprobada, impidió el pleno dominio del rodado de forma tal de evitar impactar a la víctima fatal.

En relación a la procedencia y cuantificación de la indemnización reclamada por la viuda de la víctima, rechaza el

daño económico y no patrimonial de la primera, al resultar de la pericia psicológica que se encontraban separados desde el año 1997, y que cuando sus hijos crecieron, fue la hija N. quien buscó comunicarse con su papá, hasta que finalmente logró hacerlo y retomó el contacto, insistiendo en que el resto de la familia lo hiciera, siendo ésta la más afectada por el fallecimiento; consignándose a su vez que tras su separación ella volvió a estar nuevamente en pareja con otra persona, por lo que buscó hacer la separación legal y pidió el divorcio; sin recordar la fecha del accidente y duda acerca del año en que sucedió. Dice que a pesar de que era el padre de sus hijos estuvo tranquila dado que tenía poco contacto con él. Que acompañó a sus hijos y luego continuó con su trabajo y rutinas sin inconvenientes.

Rechaza la reclamación por terapia psicológica para los hijos M.E., M.E., C.M., M.G. y A.S., y reconoce a cada uno la suma de \$30.000 en concepto de daño moral, en función de que no tenían vínculo estrecho con su padre, y que el contacto era producto del acercamiento que propició Natalia, coincidiendo en que si bien los primeros días sufrieron alguna angustia, ello fue cediendo con el paso del tiempo, y cada uno continuó con su vida cotidiana.

Admite la recomendación de la perita psicóloga respecto a la realización de terapia para la hija N. por un costo de \$10.000, quien con mayor edad había buscado a su padre para retomar el contacto y ser la única de los hermanos que mantenía un vínculo estrecho con el fallecido, proyectando en su futuro su presencia y que esto se vio frustrado por su fallecimiento, para cuantificar el daño no patrimonial en la suma de \$80.000.

A.- Abordando en conjunto los cuestionamientos por los que las partes se reprochan mutuamente la responsabilidad exclusiva en el acaecimiento del siniestro, a su respecto cabe destacar en

principio que eran los actores quienes tenían a su cargo la acreditación de la mecánica del accidente que describieran al demandar (art. 377 CPCyC), de tal forma de hacer responsable de los daños generados por el fallecimiento de su padre, en ocasión en que guiaba una bicicleta y colisiona con la demandada que conducía un automotor; así se les imponía, sin perjuicio de la aplicación del art. 1113 del C.Civil, atento a que se trata del choque entre dos rodados.

Que el cuestionamiento dirigido a la interpretación y aplicación de la responsabilidad objetiva regulada en el art. 1757 del C.Civil y Comercial y la errónea valoración de la prueba que se endilga a la sentenciante por concluir que los partícipes concurren con su culpa en el acaecimiento del siniestro, impone aproximarse al concepto de relación causal, que estructura el derecho de daños, para luego relacionarlo con la prueba, y a su respecto la doctrina explica que:

"El concepto de causalidad es eminentemente lógico. Involucra una referencia, una conexión entre dos procesos: entre la causa, por un lado, y el efecto o resultado, por el otro. La causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada, entre todas las que pueden haber concurrido, para producir objetivamente el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada, que nuestro codificador ha vinculado estrechamente a la previsión del autor ... " y a continuación: "... Debe partirse de la idea de que, entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes sino que son de eficacia distinta. Sólo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario de los acontecimientos. Según este punto de vista la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el

daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce.” (“Cocausación de daños” Una visión panorámica - Eduardo Zannoni Revista de Derecho de daños -Rubinzal Culzoni- pág. 7).

Luego, la íntima relación entre los conceptos de relación de causalidad y previsibilidad fue advertida claramente por el Código Civil y Comercial cuando regula las consecuencias de los hechos y su imputación; y en lo que resulta de interés para la causa, mientras las consecuencias inmediatas, resultan imputables al sujeto no porque resulten inmediatas como próximas a la causa, sino porque acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas, es decir, era altamente idónea para producir esa consecuencia por ello se refiere a ellas también como altamente probables o previsibles; por otra parte, las mediatas, también resultan imputables en la medida que el agente las hubiera previsto o hubiera podido preverlas, pues aún cuando esa consecuencia se produce de un modo indirecto, requiriendo la conexión con otro hecho, no puede hablarse de interrupción del nexo causal porque el hecho originario tenía -por sí- virtualidad para producir el resultado.

Por ello, es factible sostener la interrupción del nexo causal únicamente en el caso en que la nueva causa no tenga ninguna relación con la ya existente; y si el hecho fue producido por el hecho posterior absolutamente independiente del primero, hay interrupción interesando la eficacia actual y no la mera eficacia virtual; razonamiento en el que la jurisprudencia es pacífica cuando explica que “el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquel. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquel se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea

que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (SCJBA; Ac 37535, Cardone, María Ester c/ Borasi, Edgardo Luis y otros s/ Daños y perjuicios, del 9.8.88).

Que conforme a lo expuesto y en el análisis de la relación de causalidad para determinar la autoría, vinculándose el daño inmediatamente con el hecho de la persona o cosa, y mediatamente con el factor de atribución, dado que la ley para el supuesto que nos ocupa ha establecido uno de carácter objetivo, la previsibilidad del hecho debe examinarse "en abstracto", a diferencia de culpa, que se lo hace "en concreto".

Que en el marco señalado, cabe dejar sentado que si el hecho de la víctima ha influido en la causalidad hasta desplazar fuera de la esfera del demandado la atribución de las consecuencia del hecho (Barbato, Culpa sin responsabilidad, reflexiones sobre la culpa de la víctima y otros supuestos análogos- ED 143-870), a su respecto se exige que tal obrar haya incidido exclusiva o concurrentemente gravitando en el ilícito y resultado dañoso, de tal forma de que en la atribución de responsabilidad se cumpla en la medida o proporción en que el agente causal haya sido decisivo en el acaecimiento del hecho.

En consecuencia, cuestionada la apreciación de la prueba en punto a la responsabilidad por la preferencia de paso, velocidad y punto de impacto, cabe recordar que conforme el art. 386 del CPCyC impera la sana crítica racional, indicativo de ciertos principios generales que guían en cada caso dicha evaluación y que excluye la discrecionalidad del juzgador, e importa unir la aplicación de los principios de la lógica y la experiencia ("máximas de experiencia"), omitiendo

abstracciones de orden intelectual, para propender a asegurar un eficaz razonamiento.

Este sistema de valoración ha sido definido como el método científico que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones del pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada (Falcón, Enrique M., Tratado de la Prueba, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p.573 y ss.).

Que en aplicación de dichas reglas de la sana crítica racional es que el magistrado resulta soberano en la selección de las pruebas, pudiendo preferir unas y descartar otras. La sola omisión de considerar el examen de determinada prueba, no configura agravio atendible si el fallo apelado contempla y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio (CNCom. Cap. B, 22/4/91. LL, 1991-C-339).

B.- Siguiendo la precitada vía de análisis anticipo que los datos objetivos reunidos en este proceso no permiten llegar a la conclusión a la que arriba la sentenciante respecto a la configuración de culpa concurrente de los partícipes de la colisión, conforme a que de aquellos se desprende con claridad que la única y exclusiva causal para su acaecimiento radicó en que luego de ser habilitada por el semáforo, la conductora del automotor le imprimió una velocidad al bien que le impidió su control y frenado oportuno ante la presencia de la víctima que momentos antes había iniciado el giro para incorporarse y avanzado en la intersección sobre la misma vía, autorizado por la señal lumínica.

Sobre la velocidad que llevaba el automóvil, sea la informada en sede penal de 64,41 km/h o la resultante del dictamen del perito en esta causa, de 48 km/h, es incuestionable que excedía la que debió haber respetado en el lugar que era de 40

km/h, y a su respecto, la demandada y aseguradora citada, nada acreditaron para desvirtuar tales datos, ni postularon al responder la acción o al ofrecer los puntos de pericia accidentológica, que se realizara la indagación que ahora pretenden acerca de la imposibilidad de semejante rapidez se desarrollara en el trayecto entre el inicio de la marcha y el lugar del impacto, y cuando lejos está de poder ser exigido ello al tribunal a través de vaya a saber qué procedimiento de análisis o aplicación de las reglas de la lógica.

Por el contrario, la evaluación que se impone en los presentes, no puede dejar de atender a que ante las más gravosas consecuencias que pueden derivarse del trámite penal para una conductora de un rodado, se haya desentendido de la relevancia de este aspecto, y como en el presente, omitiera introducirlo ni impugnara las conclusiones de ambos expertos.

Por su parte, el croquis aportado a fs. 135, que sin cuestionamiento alguno -reproduce el agregado en la causa penal- es preciso respecto al punto de la colisión, es decir cuando la bicicleta ya estaba incorporada a la misma vía por la que había iniciado la marcha el automóvil, mientras que el área del foco delantero derecho del último informado como destruido y el daño en la horquilla y manubrio del birrodado, resulta concluyente en que recibe impacto posteriormente a aquel avance; luego, una velocidad excesiva guarda correlato lógico con el impedimento de controlar el rodado mayor oportunamente para realizar el esquite o frenar para evitar el contacto.

Los datos objetivos colectados en modo alguno habilitan establecer que el ciclista había traspuesto el semáforo cuando tenía la señal lumínica en rojo, y en contrario, la declaración del testigo presencial es definitorio en punto a haber percibido aún al automóvil detenido a la espera de ser habilitado cuando el conductor de la bicicleta ya había

avanzado en la encrucijada ocupando la vía sobre la que luego recibiría el impacto.-

Finalmente, ante semejante plexo fáctico, es imposible sostener que la demandada detentara la prioridad de paso en la circulación, que debió respetar el ciclista por condición de rodado a tracción a sangre.

A tenor de lo expuesto, habré de concluir en que procede responsabilizar en forma exclusiva a la demandada por el acaecimiento de la colisión, suscitándose así la condena a la reparación de los daños ocasionados a los actores, hijos de la víctima fallecida, así como su extensión a la aseguradora citada en garantía.

C.- Conforme lo establecido en el punto anterior respecto al análisis que condujo a endilgar en forma exclusiva la responsabilidad de la demandada, deriva abstracto el tratamiento del reclamo de los actores para producir prueba en esta instancia, así como que, abordando la crítica común por la forma en cómo se imponen las costas en la sentencia de primera instancia, considero que respetando la regla receptada en el primer párrafo el art. 68 del CPCyC, procede también que sea revocada en este punto, para ser cargadas a la accionada y citada en garantía en su calidad de vencidas.

D.- Abordando los planteos de los hijos M.E., M.E., C.M., M. G. y A.S., todos de apellido A. respecto a la cuantificación del daño no patrimonial, se comprueba que omiten realizar una crítica precisa y razonada que posibilite el debate intelectual en base a lo postulado, dictámenes periciales psicológicos y lo sentenciado; fundamentalmente, por cuanto no atacan y con ello, dejan incólumes los argumentos concretos de la jueza, limitándose a expresar que el objeto del proceso no era dirimir un conflicto familiar, cuando el señalamiento de la diferenciación con la reparación reconocida a una sola hija de la víctima -N.- aparece claramente justificado en relación

a los restantes, e insuficiente a tal fin su cotejo con los procesos citados por no guardar alguna equivalencia con el presente.

Los recurrentes no concretan los recaudos del art. 265 del C.P.C.C. que expresamente dispone: "El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores...", mientras que el artículo siguiente establece: "Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él." (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; y 34 inc. 4 del Cód. Procesal).

Que el contenido suficiente de la demanda de impugnación es una carga procesal del apelante, sin la cual es improcedente la revisión por parte del tribunal de alzada. Si bien no se estipulan formas sacramentales es imperioso que contenga una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la sentencia, sea en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, estudiando los razonamientos de la juzgadora y aportando la refutación lógica y jurídica que dé lugar a la revocación perseguida.

Que "la crítica concreta y razonada de los errores del decisorio impugnado y su eficacia no es cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas, ni tampoco de injurias más o menos veladas al juez, sino de efectividad en la demostración del eventual error in iudicando (en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba) que evidencie la ilegalidad e injusticia del fallo." (p. 200, Recursos ordinarios y extraordinarios, Arazi-De los Santos).

La jurisprudencia ha sostenido en este sentido que: "La mera discrepancia o disconformidad con la solución, sin aportarse razón alguna que la desvirtúe, no constituyen expresión de agravios, así como tampoco la falta de crítica de puntos fundamentales de la sentencia." (CNCiv, sala E, 7.2.86, LL1985-E-206; íd., 19.11.85, LL 1986-B-618)." "Disentir del criterio del juez sin fundamentar la oposición o sin dar bases a un distinto punto de vista no es expresar agravios".(p.481 y 482, t.2, C.P.C.C.Com. Fassi-Yañez).

Finalmente, frente a lo regulado en el art. 1741 del CCyC acerca de la cuantificación del monto de la indemnización del daño no patrimonial, exigiendo que "debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", resulta que de la presentación que se atiende, y fundamentalmente en el postulado inicial de la demanda (fs. 7vrta/8), se omite toda referencia a los bienes o el destino de los recursos estimados como aptos para menguar el detrimento causado, para proporcionarles alivio o descanso de la pena, cuando tampoco se ensaya una estimación a tal fin, haciendo insalvable lo pretendido.

E.- Por todo lo reseñado y analizado, la demanda de los actores M.E., M.E., C.M., M.G. y A. S., todos de apellido A., prospera por la suma de \$30.000 para cada uno de ellos en concepto de daño no patrimonial, y para la hija N.A., asciende a \$ 90.000, por el mismo rubro más el reconocido por tratamiento psicológico.

IV.- Consecuentemente, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al acuerdo rechazar la apelación de la demandada y aseguradora citada, y haciendo lugar parcialmente al recurso de los actores, elevar el monto de la condena a la suma de \$240.000 de conformidad a lo

establecido en el considerando III-C, con más los intereses fijados en la sentencia de grado, y que se impongan las costas devengadas en ambas instancia íntegramente a cargo de las primeras en su calidad de vencidas (arts. 68 CPCyC).

V.- Regular los honorarios de los Dres. ... y ..., letrados de los actores, en el 35% de los que resulten por la labor desarrollada por el apoderado y patrocinantes de dicha parte en la primera instancia, y para los Dres. ..., ... y ..., por la accionada y aseguradora citada, en el 30% de los que se fijen por su desempeño en el mismo carácter de apoderado y patrocinantes en la instancia de grado (art. 15 Ley 1594).

El Dr. Fernando Ghisini, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede, en función de los fundamentos que expondré a continuación.

Por una elemental razón lógica, abordaré en primer lugar el planteo de apertura a prueba en la presente instancia formulado por la parte actora, por cuanto de admitirse su pertinencia corresponderá suspender el llamamiento de autos (arg. art. 260 ap. 5° inc. 2 del CPCC).

La parte actora estructura su recurso a partir de la petición de la apertura a prueba en esta instancia, para que se solicite al Ministerio Público Fiscal u Oficina Penal, los registros de audio y video de la audiencia de control de acusación de fecha 18/11/16, el mismo no resulta procedente a los fines de dirimir la cuestión planteada en la apelación.

La primera consideración que debe formularse respecto al planteo es que no encuadra adecuadamente en ninguna de las hipótesis que prevé el artículo 260 del C.P.C.C, por cuanto la medida de prueba -lejos de haber sido denegada o atravesada por una declaración de negligencia antijurídica- fue producida

y sustanciada en la anterior instancia, sin que el pedimento obedezca tampoco a la introducción de un hecho nuevo.

Ausentes los presupuestos previstos por el artículo 260 del Código Procesal, resulta improcedente el planteo de apertura de la causa a prueba en la presente instancia.

Ello así, máxime que esta Cámara viene sosteniendo que la apertura a prueba en segunda instancia es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva (PS.1986-II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS.1991-III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). Así, el replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (JUBA7-NQN-Q0002671).

En el mismo sentido se ha sostenido que su procedencia es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo, por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I) (JUBA7-NQN-Q0000350).

De modo que, la solicitud de incorporar prueba en esta instancia, resulta improcedente.

En relación a las consideraciones en torno a la **"suspensión del juicio a prueba"**, el art. 76 bis del Código Penal, establece: "El imputado de un delito de acción pública

reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. ...Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, **sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...**" (el destacado me pertenece).

Se ha dicho, ...que las proposiciones hechas en sede penal para obtener la suspensión del juicio no pueden ser opuestas a los demandados en el juicio civil por resarcimiento de los daños derivados del hecho imputado. (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, autos: Beloqui, Martín P. v. Fedullo, Patricio G. • 30/11/1999. **Cita Online:** 20012435).

Consecuentemente, la circunstancia que haya "habido suspensión del juicio a prueba", no implica confesión o reconocimiento de responsabilidad civil, tal como pretende la parte recurrente.

Por lo tanto, las consideraciones volcadas por el apelante, resultan improcedentes para modificar la responsabilidad, tal como lo expondré a continuación, en función de los elementos de pruebas colectados en esta causa.

Así entonces, en cuanto a la **responsabilidad en el evento dañoso**, del acta policial confeccionada surge que el automóvil Citroën circulaba por calle San Martín con dirección oeste - este, mientras que la bicicleta lo hacía por Combate de San Lorenzo de sur a norte. Y que, en la intersección de las calles mencionadas, el Citroën embiste al ciclista en una intersección con semáforos, los que se encontraban en funcionamiento.

Asimismo, del informe accidentológico elaborado en sede penal, surge que la velocidad del rodado mayor era de 64,41 km/h, tomando para ello en cuenta la distancia que recorrió el

cuerpo del Sr. Aguilante, desde el lugar del impacto y hasta su posición final, dado que no hubo huellas de frenadas.

El croquis confeccionado en la pericia accidentológica de fs. 135/137 y vta., nos ilustra en relación al sentido de circulación y posición de los vehículos, conforme lo indicado precedentemente.

En cuanto a la mecánica del accidente, el perito -teniendo en cuenta las constancias y pericias realizadas en la causa penal-, sostuvo: "Siendo las 15 hs. del día 23 de Febrero del 2016, un ciclista que venía circulando por la arteria Combate de San Lorenzo con sentido Sur Norte. Al arribar a la intersección que ésta conforma con la arteria San Martín -la cual posee semáforos- avanza sobre la misma unos metros y es impactado en su parte delantera izquierda, por el sector fronto lateral derecho de un vehículo Citroën Aircroos Dominio MNO 945, el cual venía avanzando por la arteria San Martín, con sentido Oeste Este. En base a la actuación policial el ciclista es impulsado aproximadamente por 20 mts...No hay huellas de frenaje previo..."

Además, expresó: "Estas situaciones llevan a considerar primeramente una velocidad alta por parte del demandado y en el segundo caso, el cuerpo es acarreado encima del capot del vehículo del demandado y por el cambio de velocidad, el cuerpo es lanzado hacia el VW Senda. Para lo cual podría corresponder una velocidad menor. No hay trizamiento de parabrisas. **Se desconoce quién avanza con luz semafórica en rojo**".

Luego agregó: "En base a lo expuesto precedentemente (pto. 1), si el vehículo Citroën impulsa al ciclista por 20,4 mts., y considerando el ángulo de proyección de 60° el coeficiente de rozamiento...**V=48 km/h velocidad mínima a la que avanzaría el vehículo Citroen**".

Y que: "En el presente hecho el vehículo embistente es el vehículo Citroën Aircross".

En cuanto a la velocidad máxima en dicho sector, sostuvo: "**es de 40 km/h**".- (el resaltado me pertenece).

En base a los elementos probatorios reseñados, a mi entender, la mecánica del accidente surge en forma distinta que la relatada en la sentencia.

A mi modo de ver, la mecánica el accidente ocurre como relata el perito en su dictamen, en el sentido que el vehículo de la demandada, que circulaba por calle San Martín -con sentido oeste-este- al llegar a la intersección con Combate de San Lorenzo, impacta con su parte frontal derecha el lateral de la parte delantera izquierda de la bicicleta, y como consecuencia de ello, se produce el deceso de quién en vida fuera José Carlos Aguilante.

De modo que, el rodado de la demandada no se encontraba detenido en la intersección de las calles San Martín y Combate San Lorenzo.

Teniendo en cuenta que las dos pericias confeccionadas -en sede civil y en sede penal-, coinciden en señalar que el vehículo de la demandada al producirse el accidente, circulaba a exceso de velocidad (48 km/h mínimo, dice la pericia realizada en civil y 64,41 Km/h, para el dictamen de la causa penal), con lo cual resulta improbable -en función de los escasos metros recorridos desde el arranque hasta el impacto, que en los instantes previos al accidente la accionada se encontrara detenida en el semáforo de calle San Martín y Combate San Lorenzo y que a los pocos metros llegara a desarrollar semejante velocidad.

En base a lo expuesto, considero que la demandada al trasponer el cruce de dichas arterias, no detuvo su marcha en el semáforo de calle San Martín, sino que continuó con su marcha para luego impactar con su parte frontal derecha, la delantera izquierda del birodado conducido por el Sr. Aguilante.

De acuerdo al marco fáctico descrito, y toda vez que ninguna de las partes ha logrado acreditar la prioridad de paso que supuestamente detentaban -que circulaban con habilitación del semáforo en verde-, considero que el porcentaje de responsabilidad atribuido en la sentencia (50% para cada una de las partes), debe ser modificado, en función de que, hay un elemento a considerar para completar el análisis, y es que la demandada al trasponer el cruce de dichas arterias, circulaba a una velocidad mayor a la permitida.

Esto, amerita que el porcentaje de responsabilidad sea distribuido de la siguiente forma: **60% a cargo de la demandada y 40%** a cargo del actor, lo que así voy a propiciar al acuerdo.

Corresponde ahora, entrar a analizar el cuestionamiento de la parte actora vinculado con la insuficiencia del monto asignado en concepto de daño no patrimonial.

En este punto, también habré de disentir con el voto que antecede, pues considero que este agravio debe ser abordado.

En efecto, el derecho a obtener la revisión de una decisión jurisdiccional de primera instancia, integra la garantía del debido proceso, contemplado por el artículo 25 de la C.A.D.H., conforme el alcance fijado por la Corte IDH en la

OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124).

Las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos deben ser aplicadas de conformidad con el alcance que le asigna la Corte IDH, obligación que proviene antes que de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Es por ello que los artículos 265 y 266 del Código Procesal deben ser interpretados armónicamente y conforme las pautas de mayor generosidad para el ejercicio de los derechos garantizados a nivel convencional y, en contrapartida, según una mirada más estricta de sus restricciones, conforme emerge de la *ratio* de la decisión adoptada en el caso "Atala Riffo" (sent. de 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 239, párr. 284).

Ello es así, por cuanto los alcances de la cláusula federal del artículo 28.2 de la C.A.D.H. debe leerse conjuntamente con su artículo 1, e impone la obligación de los Estados provinciales de respetar y garantizar el piso mínimo de derechos provenientes del instrumento internacional (cfr., causa "Garrido y Baigorria" sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, Nro. 39, párr. 45).

De este modo, si bien la garantía del debido proceso queda inicialmente cubierta con la imposición de la asistencia letrada obligatoria (artículo 56 C.P.C.C.), no es menos cierto que la interpretación de las presentaciones, debe efectuarse propendiendo a eliminar todo atisbo de formalismo, que conspire contra la efectiva realización de la garantía, con el

solo límite de la ausencia absoluta de inteligibilidad o fundamentación que torne de imposible comprensión los alcances de la petición.

Por lo expuesto, aun sopesando las dificultades que se derivan de las circunstancias aludidas al comienzo, en orden a la pieza procesal en examen y en atención a la dimensión constitucional, del derecho a obtener una revisión del pronunciamiento de primera instancia, enraizado en la garantía del debido proceso, se hará un razonable esfuerzo en la interpretación de los términos del recurso y se le dará tratamiento. (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 27, 58 y 62 de la Constitución Provincial).

En relación al daño moral, comparto las consideraciones efectuadas en la sentencia de grado para fundar su procedencia y la valoración del mismo.

Así, del informe pericial psicológico de fs. 93/100 y vta. -no impugnado por las partes-, surge que N. fue la hija que tuvo más contacto con su padre y la que más sufrió la pérdida, lo cual concuerda con el propio relato proporcionado por su madre y por el resto de sus hermanos.

En este aspecto, considero que la sentencia debe ser confirmada, no así en lo que respecta a la cuantificación del rubro en cuestión, pues entiendo que el importe otorgado por tal concepto resulta insuficiente.

En lo que atañe a su prueba, debemos partir del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, en cuanto a que se encuentra en cabeza del actor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge,

"Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En relación a su valuación la Corte Nacional ha dicho: *"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida"* (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros").

En esa línea, el art. 1741 del Código Civil y Comercial, establece: *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*.

Este es el criterio que voy a utilizar para evaluar la suma que corresponde fijar en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso.

En tal sentido esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) ha dicho:

"Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión".

En base a lo precedentemente expuesto, atendiendo a las características del hecho generador y el resultado fatal que el mismo generó -fallecimiento del padre de los actores-, como así el grado de responsabilidad atribuido a la demandada (60%), de conformidad con el art. 165 del Código de Procesal, considero que la suma concedida en la sentencia por daño extra patrimonial, debe ser elevada a la suma de **\$150.000** para N.L.A., y a la suma de \$75.000 para M.E., M.E., C.M., M.G. y A.S., aclaro que este último importe es para cada uno de ellos, con más los intereses fijados en la sentencia, desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias serán distribuidas en función del porcentaje de responsabilidad consagrado precedentemente.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta: Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

- 1.- Modificar la sentencia dictada a fs.179/186 y vta., elevando el monto de la condena a la suma de \$240.000 de conformidad a lo establecido en el considerando III-C, con más los intereses fijados en la sentencia de grado, confirmándola en lo demás que fuera materia de agravios, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas devengadas en ambas instancia íntegramente a cargo de la demandada y aseguradora citada en su calidad de vencidas (arts. 68 CPCyC).
- 3.- Regular los honorarios de los Dres. ..., letrados de los actores, en el 35% de los que resulten por la labor

desarrollada por el apoderado y patrocinantes de dicha parte en la primera instancia, y para los Dres. ..., por la accionada y aseguradora citada, en el 30% de los que se fijan por su desempeño en el mismo carácter de apoderado y patrocinantes en la instancia de grado (art. 15 Ley 1594).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pasquarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA