TOMO XIX – **SENTENCIA** – T.S.J..-

REGISTRO Nº 636

FOLIO Nº 3657/3678

PROT. ELECT. TSS1 018 S.181

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la Provincia de Santa Cruz, a cinco días del mes de noviembre de dos mil dieciocho, se reúne el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, integrado con los Sres. Vocales, Dr. Daniel Mauricio Mariani, Dr. Enrique Osvaldo Peretti, Dra. Alicia de los Ángeles Mercau, Dra. Reneé Guadalupe Fernández, bajo la presidencia de la Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos, para dictar sentencia en los autos: **"SUCESORES Y/O HEREDEROS DE BIANCHI ALBERTO EUGENIO c/ BORDON RAUL BENJAMIN Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Expte. N° B-9022/06 (S-2042/15-TSJ). Se fija el siguiente orden de consideración: 1°) Dra. Alicia de los Ángeles Mercau, 2°) Dr. Daniel Mauricio Mariani, 3°) Dr. Enrique Osvaldo Peretti, 4°) Dra. Reneé Guadalupe Fernández y 5°) Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos; y las siguientes cuestiones a tratar: **PRIMERA CUESTIÓN:** Son procedentes los recursos de casación interpuestos por la parte actora, a fs. 1764/1769, Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M (codemandada), a fs. 1771/1785, Transporte La Costa S.R.L. (codemandada), a fs. 1787/1801, y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. (citada en garantía), a fs. 1803/1817?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTIÓN** la Dra. Mercau dijo:

I.- Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud de los recursos de casación interpuestos, por la parte actora, por intermedio de sus letrados apoderados, Dres. Joaquín V. González y Carlos G. Toledo Vargas (cfr. fs. 1764/1769), por las codemandadas, Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M, Transporte La Costa S.R.L. y la citada en garantía, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., por intermedio de su letrado apoderado, Dr. Manuel Horacio Pis Diez (cfr. fs. 1771/1785, 1787/1801 y 1803/1817, respectivamente), contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, que modificó parcialmente la sentencia de Primera Instancia y condenó a las demandadas a responder solidariamente por diversos ítems indemnizatorios en razón de un accidente de tránsito. La citada en garantía también responde, pero en la medida de su cobertura. En la sentencia se redujo el monto del daño moral a pesos ochenta mil ($80.000) para cada hijo y pesos cien mil ($100.000) para la cónyuge por estimarse que existió culpa concurrente en la producción del accidente en cincuenta por ciento (50%). Las costas se impusieron por el orden causado (cfr. fs. 1703/1749).-

La parte actora, interpone recurso de casación en los términos del artículo 3º, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- fundado en la causal de errónea aplicación de la ley. Plantea que la sentencia atacada ha incurrido en absurdidad; dogmatismo grosero; que carece de realismo económico, que el transcurso del tiempo la transforma en írrita; y que agravia la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada (cfr. foja 1764 y vta.).-

Entiende que la resolución recurrida es inválida, anómala e insostenible; y que no constituye una sentencia judicial en los términos previstos por la Constitución Nacional, ni por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. foja 1765 vta.).-

Sostiene que la decisión adoptada en lo tocante a la determinación de culpa y de las indemnizaciones que deben pagarse a los accionantes no es una derivación razonada del derecho vigente; ni se ajusta a las constancias de autos; y que es dogmática y absurda (cfr. foja cit.).-

Señala que el voto del Magistrado que lidera el fallo omite decir deliberadamente que la camioneta Toyota conducida por Bordón estaba estacionada en el medio de la calzada o ruta, con el freno de mano puesto, con la puerta abierta para levantar los conos que aún le restaba retirar y sin señalización alguna (cfr. foja 1766 vta.). Plantea que esa es la causa eficiente del accidente y que si Bordón hubiese estacionado correctamente su vehículo en la banquina el accidente no hubiese acaecido (cfr. foja cit.). Además afirma que no existe interrupción del nexo causal entre esa conducta y el siniestro (cfr. foja 1767).-

Expresa que le está vedado a los jueces transformarse en peritos y sustituir en los hechos los conocimientos técnicos de la especialidad de los mismos (cfr. foja 1767 vta.). Asevera que el informe y pericial accidentológico presenta conclusiones determinantes y no caben objeciones a su respecto (cfr. foja cit.).-

En subsidio solicita, si se considera que el fallecido Bianchi tuvo algún grado de culpa en la producción del accidente, que se distribuya la responsabilidad en una proporción del ochenta por ciento (80%) para Bordón y un veinte por ciento (20%) como máximo imputable al primero (cfr. fs. 1767 vta./1768).-

Se agravia por la reducción de la indemnización por daño moral sin, a su entender, haberse expresado fundamento en orden a tal disminución (cfr. foja 1768). Pide que se confirme la sentencia de Primera Instancia que condena al pago de un millón de pesos ($1.000.000) en concepto de daño moral (cfr. foja cit.).-

Agrega que es excesivo deducir de la base del cálculo de la indemnización un treinta por ciento (30%) por consumo en beneficio propio del

fallecido Bianchi y que debiera serlo sólo en un quince por ciento (15%) (cfr. foja 1768 vta.).-

Solicita que se impongan las costas a la contraria en todas las instancias (cfr. foja cit.).-

Por último, hace reserva del caso federal (cfr. fs. 1768 vta./1769).-

A fs. 1819/1821, la actora, por intermedio de sus apoderados, amplía los fundamentos de su casación. Allí sostiene que, cualquiera sea la teoría de la causalidad que se adopte, no hay duda de que la muerte de Bianchi fue producto del accionar de Bordón (cfr. foja 1819 vta.).-

También reitera su agravio vinculado a que se haya reducido a la mitad la indemnización por daño moral sin haberse expresado fundamento y solicita, por este rubro, un millón de pesos ($1.000.000), o lo que en más estime este Tribunal (cfr. fs. 1819/1820 vta.). Por último, insiste con su pedido de que se deduzca de la base de cálculo de los ingresos de Bianchi sólo el 15% y no el 30% (cfr. fs. 1820 vta./1821).-

Por su lado a fs. 1771/1785, la codemandada Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M, interpone recurso de casación por entender que la sentencia de Cámara es arbitraria pues: 1) prescinde de valorar el marco legal que se aplicaría al caso al haberse omitido descontar a la condena las sumas pagadas por CNA ART por el fallecimiento del Sr. Bianchi con lo que se configuraría una doble indemnización; 2) la Cámara habría fallado *extra petita* en cuanto al objeto demandado y la materia de la apelación; 3) habría omitido el tratamiento de cuestiones planteadas y la aplicación del marco normativo y jurisprudencial vigente (cfr. foja 1771).-

Manifiesta que el fallo es el producto de un razonamiento jurídico inapropiado para los hechos probados, extremo que vulnera el derecho de defensa en juicio, la igualdad y el derecho de propiedad de su mandante, invoca los artículos 16, 17 y 18 de la CN (cfr. foja 1771 y vta.).-

Plantea asimismo que la sentencia viola la garantía del debido proceso (art. 18 de la CN) (cfr. foja 1772).-

Entiende que la sentencia es arbitraria (cfr. foja cit.).-

Agrega que el fallo de Cámara excede el objeto de la apelación, pues el Juez de Primera Instancia hizo lugar al pedido de las codemandadas en cuanto a descontar del monto de la condena parte de la suma ya percibida de CNA ART S.A., esto es pesos doscientos treinta mil ($ 230.000). Sin embargo, la Cámara se habría pronunciado sobre materia ajena a toda discusión ya que habría resuelto que no se debía descontar la suma de pesos ochocientos ochenta mil trescientos cuarenta y cuatro con cuarenta y seis centavos (880.344,46), sin que tal cuestión hubiese sido

materia de apelación por los actores, con lo que se habría modificado una cuestión firme y consentida (cfr. foja 1781 vta.). Concluye que se ha infringido el principio de congruencia procesal que surge de los arts. 17 y 18 CN y se introduce una arbitrariedad sorpresiva que "...rompe con la inteligencia..." del artículo 18 de la CN (cfr. foja 1782).-

Afirma que lo resuelto por la Cámara, en lo concerniente a que el monto abonado, en concepto de indemnización, por CNA ART -pesos ochocientos ochenta mil trescientos treinta y siete con cuarenta y seis centavos ($880.337,46), no deba ser descontado de la indemnización debida por los demandados es arbitrario pues no se encuentra satisfecha la garantía de fundamentación, ya que no se vincula el contenido de la decisión con el derecho vigente (cfr. foja 1782 vta.). Sobre esta cuestión también expresa que no son procedentes las dobles indemnizaciones en materia de reparación de daños. Por lo tanto, concluye que debe descontarse a las indemnizaciones otorgadas en la sentencia, lo ya abonado por CNA ART (cfr. foja 1783).-

Agrega que la sentencia se extralimita al abordar cuestiones no planteadas en la demanda, ni posteriormente, en la oportunidad procesal correspondiente (cfr. foja 1783 vta.). Sobre esta cuestión postula que: "...al fallecer el Sr. Bianchi, desaparece el supuesto fáctico que daba fundamento al pedido de lucro cesante, esto es la posibilidad que tenía Bianchi de obtener ganancias hasta cumplir 65 años. Y se produce una sustitución procesal por imperio de ley, en la que los continuadores de la acción sólo prosiguen el reclamo realizado, sin posibilidad de modificarlo." (cfr. foja cit.). Aduce que esta circunstancia implica la violación del principio de congruencia, defensa en juicio -art. 18 CN- e igualdad de las partes; y que se ha fallado arbitrariamente por exceso en la cuestión planteada (cfr. foja 1784 vta.).-

Añade que en la demanda se reclamó "...por daño moral indirecto en favor de la esposa de Bianchi y sus hijos y directo en favor de la víctima. La sentencia hoy impugnada padece en este punto un nuevo error de incongruencia, pues otorga una indemnización por daño moral directo en favor de los hijos y el esposo, siendo que no fue solicitado. Además de ello, para que se pudiera otorgar daño moral indirecto, de manera previa se debió solicitar la inconstitucionalidad del art. 1078 CC, ya que no se pidió daño moral por muerte, sino daño moral indirecto. Por lo tanto, en este punto el fallo viola el principio de incongruencia procesal, otorgando una indemnización no requerida en la demanda, siendo por lo tanto inválida." (cfr. fs. 1784 vta./1785).-

Ratifica la reserva del caso federal (cfr. fs. 1771 vta. y 1785).-

A fs. 1787/1801 y 1803/1817, se encuentran agregados los

recursos de casación de la codemandada, Transporte La Costa S.R.L. y de la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., respectivamente. Estos escritos reproducen de manera textual las postulaciones esgrimidas por la codemandada Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M en su casación; a cuyo contenido me remito en razón de brevedad.-

Declarados formalmente admisibles los recursos de casación por la Alzada a fs. 1823/1824, este Tribunal los declara bien concedidos a foja 1875 y vta.; y pone los autos a disposición de las partes, conforme lo estatuido en el artículo 8 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Hacen uso de tal derecho las codemandadas: Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M, Transporte La Costa S.R.L. y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., (cfr. cert. foja 1888).-

En dicha oportunidad las partes mencionadas exponen argumentos por los cuales entienden que no corresponde hacer lugar al recurso de casación de la parte actora (cfr. fs. 1881/1882, 1883/1884 y 1885/1886).-

A fs. 1889/1893 vta., dictamina el Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, quien, por las razones que esgrime y a las que me remito *brevitatis causae*, concluye que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y declararse la nulidad de la sentencia recurrida (cfr. foja 1893 vta.).-

A foja 1923 y vta., dictamina el Sr. Defensor General ante este Alto Cuerpo quien mantiene y ratifica el recurso interpuesto por la actora y la ampliación de fundamentos, solicitando se haga lugar al mismo en todas sus partes. Funda su recurso en: "...el principio del interés superior del niño, en los claros principios contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como en el ámbito local en las leyes de protección integral de la infancia..." (cfr. foja 1923).-

Luego del llamado de autos para dictar sentencia pasan los presentes a estudio a foja 1924.-

II.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada tanto por la parte actora; como por las codemandadas Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. y Transporte La Costa S.R.L.; y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia S.R.L., ésta se desarrolla, en principio, en el ámbito del carril impugnativo previsto en el artículo 3, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Por cuanto el recurso de la parte actora se fundamenta en errónea aplicación de la ley y absurdo; y el de las demandadas y la citada en

garantía en la violación de la ley y arbitrariedad.-

Sin embargo, realizada la descripción de los agravios expuestos por las codemandadas Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. y Transporte La Costa S.R.L.; y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia S.R.L., se advierte que no se hace mención al artículo 2 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15--quebrantamiento de forma-. No obstante lo cual, a efectos de encausar su pretensión recursiva en rigor y conforme a la naturaleza de los agravios invocados, corresponde que el tratamiento de los recursos casatorios se encarrile también en el marco impugnativo de ese artículo. Esto en atención a la invocada incongruencia de la que adolecería la sentencia.-

Por lo expuesto y conforme se ha planteado la cuestión extraordinaria ésta transitará conforme lo previsto en los artículos 2º y 3º, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, recurso de casación por quebrantamiento de formas, errónea aplicación de la ley y arbitrariedad.-

Vinculado con el encause recursivo, este Alto Tribunal ha sostenido: "...Cuadra recalcar que en principio éste Excmo. Tribunal no puede subsanar con inferencias o interpretaciones los errores u omisiones en que incurre el quejoso al indicar las normas que estime infringidas...Es decir, que no puede suplir oficiosamente las citas y encuadres legales que debió efectuar el recurrente (confr. SCBA, Ac. y Sent. 1974, v. II, pág. 390 y 502; entre otros). Ello es así, por ser extraño a la casación el principio iura novit curia, cuya admisión la Suprema Corte sólo declara procedente, en forma restringidísima, en cuestiones penales (confr. SCBA, Ac. y Sent. 1974, v. III, pág. 993). No obstante lo precedentemente considerado, este Tribunal Superior entiende que aquella potestad jurisdiccional aludida, en materia de casación, puede tener adecuaciones que resultan de la naturaleza del recurso. En efecto, aunque el enfoque que vehiculiza el recurrente sea diferente al encuadre que propugna este Cuerpo, ello no invalida el remedio excepcional intentado -en el particular caso sub discussio- toda vez que lo necesario para la apertura y procedencia del recurso por violación de la ley, es la invocación del motivo de la casación (la pretensa aplicación errónea de los art. 164º; 264º y 265º del C. P. C. y C.), pero no necesariamente las normas legales invocadas como violadas o aplicadas erróneamente deben ser las aplicables al caso, pues en este aspecto el principio iura novit curia -no obstante ser casi inexistente su aplicación operativa en esta instancia extraordinario (sic)- mantiene algo de vigencia, por lo que se impone el encuadre legal correcto dentro del andarivel trazado por el art. 2º de la Ley 1687 -Recurso de Casación-..." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 443, Folio 2417/2420).-

Vale recordar también que reiteradamente este Tribunal ha tratado la violación del principio de congruencia procesal (lo que constituye uno de los agravios de las casaciones de los demandados y de la citada en garantía) en el andarivel de artículo 2 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, al afirmar que: "...en materia de incongruencia, el remedio se opera a través de la vía del quebrantamiento de formas...precisamente por tratarse de un vicio estructural que necesariamente invalida al pronunciamiento así dictado..." (cfr. Sentencia, Tomo IX, Reg. 313, Folio 1685/1694).-

Así las cosas, por una cuestión de método se tratará, en primer término, los recursos de los demandados y de la citada en garantía desde el prisma del artículo 2° del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, ya que de existir algún supuesto de quebrantamiento de las formas, resultaría innecesario analizar el resto de los agravios planteados.-

III.- Que con carácter previo a ingresar en el análisis de aquellas cuestiones, es menester determinar cuál es la legislación aplicable al *sub lite* en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.-

Las normas jurídicas tienen una vigencia limitada en el tiempo. Las mismas regulan hechos, situaciones y relaciones jurídicas que tienen una ubicación temporal. En función a las particularidades del caso se debe determinar la legislación que las disciplinará. En el caso bajo análisis el momento crítico a estos fines es el 11 de diciembre de 2004, fecha en que se produjo el accidente que a la postre produjera lesiones y muerte al Sr. Alberto Bianchi, esto surge del Informe Policial agregado a foja 2 del expediente penal caratulado: "Bordón Raúl Benjamín s/ Lesiones Culposas", B-2033/04, prueba documental incorporada a los presentes a fs. 1527, y del objeto y los hechos relatados en la demanda (cfr. fs. 217/231 y vta.). En dicha época se encontraba en vigor el derogado Código Civil, aprobado por la Ley 340. Recién el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. art. 7 de la Ley 26.994).-

Lo tocante a la aplicación de la ley en relación al tiempo lo resuelve el artículo 7 del Código Civil y Comercial, que dispone: "...A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consu-

mo".-

En atención al texto trascripto se sigue que las leyes, en principio, sólo operan hacia el futuro y que no tienen efecto retroactivo (cfr. art. 7 del CCyC) (cfr. "Código Civil y Comercial de la Nación" comentado. Título Preliminar y Libro Primero, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Directores), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, págs. 25/27), por lo tanto la legislación de fondo que regula este caso es el derogado Código Civil y la legislación complementaria vigente el 11 de diciembre de 2004.-

Esta solución también es abonada por los dichos de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien nos ilustra: "Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso..." (cfr. aut. cit. "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 100).-

Consecuentemente, sirviéndonos de la legislación apuntada es que se resolverá el sub lite.-

IV.- Que a modo de preámbulo se debe recordar que el recurso de casación por quebrantamiento de formas por incongruencia es viable ante la falta de tratamiento de planteos esenciales formulados oportunamente por las partes. Son cuestiones esenciales aquellos "...capítulos de consideración ineludible de acuerdo al contenido del litigio." (cfr. SCBA, Acuerdos y Sentencias, 1966, Tomo II, pág. 690).-

Guillermo Jorge Enderle señala que la congruencia "...aparece entonces como coherencia o correspondencia lógica, como comparación o confrontación entre lo peticionado por las partes y la parte dispositiva de la resolución. No significa acogimiento de lo solicitado, sino pronunciamiento acerca de lo requerido." (cfr. autor cit., "La congruencia procesal", Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pág. 57. En el mismo sentido TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XIV, Reg. 491, Folio 2678/2697). Con idéntico criterio, este Tribunal lo ha definido en los siguientes términos: "...el principio de congruencia -que debe estar presente en las sentencias- consiste en la correlación que debe existir entre la pretensión y la decisión, de conformidad al art. 34, inc. 4to. y 164, inc. 6to. del C.P.C. y C., sin perjuicio de otras normas concordantes y correlativas..." (cfr. Sentencia, Tomo XII, Reg. 425, Folio 2322/2327).-

Tal como ya lo ha sostenido este Alto Tribunal, la violación del principio de congruencia puede presentarse de diversas formas. Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dijo que: "Ha denunciado el recurrente que la sentencia del a quo viola el principio de congruencia. El postulado en cuestión asume -como bien señala Guasp- tres caras distintas, a saber: por

omisión, esto es cuando el fallo contenga menos de lo pedido por las partes (ne eat iudex citra petita partium); por extralimitación, cuando otorga más de lo impetrado por los litigantes (ne eat iudex ultra petita), o por ambas razones, es decir mixto, cuando padezca de los dos defectos a la vez..." (cfr. "Ferreyra Graciela Elvira c/ Suma S.A. s/ Pronto Pago de Crédito Laboral", causa Ac. 83818 S del 7/6/2006, del voto del Dr. Roncoroni Hitters).-

En atención a lo expuesto, se debe adelantar que es improcedente la alegada nulidad por resolución *extra petita* vinculado al rechazo de Cámara a que se descuente de la indemnización debida por los condenados el total de lo cobrado por los actores de manos de la ART CNA S.A., es decir: $ 880.337,46 (cfr. fs. 1349 y vta.; 1734 vta.; y 1738 vta.), cuando ya habría quedado firme la disminución en pesos doscientos treinta mil ($230.000) por tal concepto (específicamente pago de la ART por el rubro "muerte del trabajador") (cfr. fs. 1602, 1603 vta. y 1604). Esta solución se impone, pues los actores expresaron su disconformidad con el ítem indemnizatorio "valor vida" del considerando II de la sentencia, sección en la que se dispone la reducción de la condena en razón de lo abonado por la CNA ART S.A. (cfr. fs. 1601 vta./1602 vta., 1611 y 1662/1663 vta.). Entonces, se debe afirmar que la Cámara no resolvió más allá de lo impugnado, ya que la Alzada podía revisar todo lo referente al rubro "valor vida".-

Así pues, la sentencia impugnada satisfizo lo estatuido en el artículo 270 del CPC y C, el que, en lo que aquí interesa dispone que la sentencia de Cámara "...se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.". Lo expuesto se traduce: "...en que el tribunal de impugnación no podrá fallar sino sobre las cuestiones que fueron puestas a su consideración a través del escrito de expresión de agravios (arts. 256 CPCCN) y, además, sobre capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 277 de igual ordenamiento)." (cfr. autor y ob. cit. pág. 35). Exigencia que se cumplió en el *sub lite*, por lo que tal impugnación analizada debe ser descartada.-

También debe rechazarse la invocada violación del principio de congruencia relativa a la condena por el lucro cesante.-

Sobre esta cuestión también acertadamente se expidió la Cámara al decir: "...Pretender que la esposa de Bianchi y madre con éste de los hijos que también se presentaron como actores sólo deben ser indemnizados por el lapso durante el cual permaneció con vida es abusar de una falla técnica que en su momento se pudo corregir con las excepciones de falta de personería o de defecto legal. Y en ese caso de (sic) hubiera aclarado el alcance de la demanda. Las partes tienen el deber de actuar con lealtad y probidad y por ello entiendo que se debe considerar que frente

al estado, diagnóstico y pronóstico, y toda vez que la curadora siguió percibiendo los ingresos como concejal del Sr. Bianchi, tenía en cuenta el fatal desenlace a que lleva un estado vegetativo y no puede pretenderse que se accionó para percibir por el marido incapacitado una doble indemnización. El estado vegetativo equivale a una incapacidad del 100% y desde el punto de vista económico equivale a la muerte. Con este agravio los demandados recurrentes pretenden beneficiarse por la muerte de Bianchi desde que sostienen que se debe limitar hasta la fecha en que ésta se produjo, como si el efecto en el daño patrimonial no repercutiera sobre la familia." (cfr. fs. 1733 vta./1734).-

Lo decidido por la Cámara, encuentra respaldo normativo en lo dispuesto en el artículo 34 del CPC y C, el que dice, en su parte pertinente, que: "Art. 34.- Deberes. Son deberes de los jueces:...5º...d) Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe...".-

Por otra parte, se observa que lo peticionado en la demanda es lo suficientemente amplio como para que el Juzgador pueda condenar por lucro cesante por la muerte de Bianchi. Concretamente, allí se reclama "...por (sic) cobro de la suma de pesos cuatro millones cincuenta y ocho mil ciento noventa ($4.058.190,00), derivado del accidente y consecuencias que infra explicitamos, a fin de que oportunamente y cumplidos los trámites de rigor, se condene a los demandados nombrados en forma solidaria, sin perjuicio de la distribución de responsabilidad de cada uno en el evento dañoso, al resarcimiento de tales daños materiales, moral y psicológico derivado de aquella causa y que surjan de las pruebas a rendirse y que se ofrecerán más adelante, todo conforme a los hechos y derecho que a continuación exponemos e invocamos, con intereses y costas..." (cfr. foja 217 vta.). Además en el petitorio de la demanda se expresa: "5°) Oportunamente y cumplidos los trámites de ley, condene a las demandadas a pagar a favor de nuestra mandante, las sumas reclamadas y/o las que en más o en menos resulten de las pruebas a producirse, en forma solidaria, con más la actualización monetaria solicitada e intereses desde la fecha del evento dañoso." (cfr. foja 231 vta.).-

Asimismo cabe señalar que los recurrentes tuvieron conocimiento del fallecimiento del accidentado Alberto Bianchi. Esto se desprende de la denuncia de fallecimiento y de la existencia de la sucesión (cfr. fs. 494/496); y de la providencia que tiene por parte a los representantes de la administradora de la sucesión y que recaratula las actuaciones (cfr. foja 536). Además el conocimiento queda acreditado con el mismo reconocimiento de los casacionistas en sus libelos recursivos.-

Por lo tanto, la Cámara se encontraba habilitada a fallar como lo hizo respecto del lucro cesante, en atención a la pretensión explicitada en la

demanda (transcripta en sus partes esenciales); y al acaecimiento y conocimiento de la muerte de Bianchi. Esto es así en función a lo dispuesto en el artículo 164, inciso 6º del CPC y C, el que dispone que la sentencia deberá contener: "...6º. La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.".-

Sobre este artículo se ha dicho: "Constituye una excepción a la congruencia la previsión contenida en el art. 163 inciso 6° CPCCN [de idéntico contenido a nuestro art. 164 inc. 6° CPC y C], que permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos, a los que la doctrina denomina 'hechos sobrevinientes'. En efecto, el Código permite al juzgador considerar en la sentencia hechos relevantes (constitutivos, modificatorios o extintivos) no afirmados por las partes, que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos (cfr. art. 163 inciso 6°, último párrafo, del Código Procesal). El fundamento de la norma estriba en razones de economía procesal y de eficacia de la sentencia, permitiendo la actualización de las cuestiones fácticas que la sentencia está llamada a regular [...] Por supuesto en estos casos de actuación oficiosa habrá necesariamente bilateralidad en la incorporación de este hecho al litigio pues la contraria tiene la posibilidad de ejercer el contralor de la prueba conforme las normas vigentes." (cfr. Mario Masciotra y Ramiro Rosales Cuello - coordinadores – "El principio de congruencia", Librería Editorial Platense, La Plata, 2009, págs. 281/282).-

Idéntica suerte debe correr el planteo de nulidad vinculado a que se habría condenado por daño moral más allá de lo solicitado en la demanda. Este tema es adecuadamente analizado y resuelto por la Alzada. Al respecto, en lo que aquí interesa, dijo: "...En el desgraciado accidente de autos el Sr. Bianchi resultó con lesiones de las que nunca se recuperó y permaneció en estado vegetativo hasta su muerte. No veo la diferencia entre una víctima que fallece instantáneamente, la que lo hace a la hora, la que lo hace a la semana o después de un año, cuando su sobrevida lo es en estado vegetativo...no es de aplicación el art. 1078 del Código Civil toda vez que el Sr. Bianchi no sobrevivió capaz para poder reclamar él...La doctrina está dividida en la posibilidad que se reclame el daño moral de una persona en estado vegetativo y personalmente adhiero a la posición que quien esta (sic) en estado

vegetativo no sufre daño moral y tampoco se reclamó por él. Ergo quienes si lo sufren son sus hijos y esposa en este caso al soportar durante largo tiempo el estado de su esposo y padre [...] Es por ello que, tengo en cuenta la edad de la víctima, el vínculo con la esposa y sus cinco hijos, la circunstancia que el vínculo filial hace presumir, sin necesidad de prueba, que la muerte de un esposo y progenitor, causa dolor a su esposa y cualquiera sea la edad de los hijos; y que, por otra parte, no acreditaron los demandados que la actora no hubiera sufrido daño moral resarcible. Por ello el daño moral debe ser indemnizado..." (cfr. fs. 1735/1737 y vta.).-

Paralelamente, se constata que en la demanda se pidió daño moral tanto en favor del fallecido Bianchi, como de su cónyuge e hijos en términos lo suficientemente amplios como para considerar congruente la sentencia de autos. Así es -y como ya se puso de manifiesto al tratar la cuestión del lucro cesante- que se reclamó indemnización derivada del accidente por los daños materiales, moral y psicológico (cfr. 227 vta.). Concretamente en lo tocante al daño moral en la demanda se expresó: "En realidad no sólo la pérdida de la vida humana y el ser querido traduce la existencia de un daño moral indemnizable. Los múltiples dolores físicos, la angustia, la desesperanza, los padecimientos de índole diversa a que se vió sometido el nombrado Bianchi y mi mandante con sus hijos, su duelo irresoluto por semejante pérdida, su llanto espontáneo, su bronca sin fin, por tan injusto calvario y padecimientos son pautas que V.S. deberá ponderar al momento de fijar el justo resarcimiento del rubro que venimos tratando." (cfr. fs. 227 vta./228).-

En razón de lo antedicho no se puede concluir, como hacen los recurrentes, que el reclamo de daño moral haya sido indirecto en favor de la cónyuge e hijos de Bianchi; y directo en favor de él en función de lo estatuido por el artículo 1078 del CC. Sino que es peticionado el rubro con una laxitud tal que habilita a la Cámara a subsumirlo en las normas que estime adecuadas en atención a los hechos acreditados en autos y en función del principio *iuria novit curia*. La Cámara, en definitiva, concede indemnización por daño moral por el propio malestar espiritual sufrido por los herederos de Bianchi y no por ser sucesores de la indemnización debida a Alberto Bianchi por su sufrimiento psíquico.-

En este contexto debe recordarse que la congruencia impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, sino que guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, los jueces poseen la facultad de calificar jurídicamente al caso de la manera que entiendan más adecuada. Sobre el particular este Alto Cuerpo ha entendido: "...La exigencia se encuentra en no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, pero nunca la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así, el principio iura novit

curia autoriza al juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio 'da mihi factum, ego dabo tibi ius'." (cfr. Sentencia, Tomo XIV, Reg. 485, Folio 2635/2645).-

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "...'Conforme a la regla iura novit curia, el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes (conf. Fallos: 310:1536, 2733; 316:2383; 321:1167)." (Fallos 324:1590). Asimismo se ha expresado que: "También constituye una cuestión conocida que la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces en virtud del principio iuria novit curia, con abstracción de las alegaciones de las partes. Ello es así, sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida..." (cfr. SCBA, "Coronel Mercedes Agustina c/ Colasanta Cristina Isabel. Despido", causa L 111.863 del 24 de abril de 2013).-

Con el criterio señalado, se ha dicho en doctrina que: "Por el lado de la subsunción jurídica, definición o calificación legal, la congruencia no se extiende, como principio, a la aplicación de los hechos bajo conceptos jurídicos, por cuanto los jueces son soberanos en la aplicación de la norma que sirve de apoyo normativo a sus pronunciamientos. En otros términos, el órgano jurisdiccional no se halla encorsetado al fundamentar jurídicamente su sentencia, por las normas cuyos supuestos fácticos coincidan con el que las partes introdujeron en sus alegaciones." (cfr. Guillermo J. Enderle "La Congruencia Procesal", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pág. 238).-

En el *sub lite* es indudable que la sentencia de Cámara ha dado respuesta a los planteos de las partes, aplicando la normativa que estimó pertinente en atención a las constancias obrantes en autos efectuando una interpretación razonable de la misma. Sin que se vislumbre que el sentenciante haya introducido alegaciones de hechos extraños a los postulados por las partes o hubiese mutado la naturaleza de la acción. Por lo tanto, el planteo de los recurrentes es manifiestamente inatendible.-

Respecto del rubro daño moral y en consonancia con lo resuelto por la Cámara la jurisprudencia ha dicho que: "La muerte del esposo y padre genera para la cónyuge e hijos un daño moral al afectarlos en sus valores espirituales más íntimos y apreciados. Este cuadro de situación impone la convicción 'in re ipsa

loquitur' sobre la existencia de un verdadero menoscabo moral, que debe ser reparado bajo las reglas derivadas de la recta aplicación del art. 1083 del C.Civil..." (cfr. sum. SCBA, CCiv. de Moron, "González de Griffo, Josefina y otros c/ Rodríguez Trío Rubén y otros s/ Daños y Perjuicios", causa MO 33023, del 9 de marzo de 1995).-

En la misma línea de razonamiento de la Cámara, se debe traer a colación lo dicho por Carlos Alberto Ghersi y Celia Weingarten sobre la legitimación activa del daño moral, a saber: "Damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata de un suceso [...] Son damnificados indirectos los demás sujetos distintos de la víctima inmediata, que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho. La lesión al interés jurídico del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además, un interés distinto: el perteneciente al damnificado indirecto. De tal modo, el daño ocasionado a la víctima directa se proyecta o propaga hacia otras personas vinculadas por lazos de parentesco y/o afectivos. Estos también sufren como propio el padecimiento o el dolor experimentado por el agraviado. Nuestro Código adopta un sistema cerrado y establece que son damnificados indirectos los herederos forzosos de la víctima." (cfr. auts. cits., "Tratado de daños reparables", La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo I, págs. 242/244). Recordemos que los que aquí reclaman son herederos forzosos del extinto Bianchi (cfr. arts. 3570, 3591, 3592, 3593, 3595 y cctes. del CC).-

El perjuicio que padecen los damnificados indirectos es propio y personal; sobre el particular nos ilustra la doctrina: "Lo que se reclama no es la reparación del daño padecido por la víctima, sino la de su propio sufrimiento (independientemente de la que pudiera corresponder al damnificado directo), y que es el efecto, reflejo o consecuencia del que se inflige a la víctima directa. También hoy se propicia la extensión de la legitimación activa a los damnificados indirectos aun cuando no medie la muerte de la víctima, como el de la madre a causa de la incapacidad permanente de su hijo. El dolor sufrido por quienes lo acompañan, la alteración del desenvolvimiento del grupo familiar o la frustración del proyecto de vida, son reflejos negativos y disvaliosos que el hecho provoca y quienes lo padecen son verdaderos damnificados, tanto o más que la propia víctima." (cfr. auts. y ob. cit. págs. 245/246).-

También la Suprema Corte de Justicia bonaerense ha receptado una interpretación amplia de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral en atención al bloque de constitucionalidad. Tal exégesis permite la inclusión, sin ningún tipo de cortapisas, de los actores como legitimados activos por ser damnificados indirectos del accidente de marras. Por lo que considero que es aplicable al caso, *mutatis mutandis*, lo dicho por el Cimero Tribunal de Buenos Aires, a saber: "...en la causa C. 85.129 (sent. del 16-V-2007) esta Corte declaró la inconsti-

tucionalidad del art. 1078 del Código Civil considerándose legitimados a los padres del menor discapacitado, como consecuencia de una mala praxis médica, para reclamar daño moral [...] Adhiero a la metodología consistente en formular el control de constitucionalidad del texto legal involucrado, a la luz de las particularísimas circunstancias del caso, y también a la conclusión que ese examen arroja, consistente en la incompatibilidad del mismo con la Constitución nacional. Se constata la abierta colisión con la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la Carta Magna y de otras cláusulas supralegales, aspectos que desarrollo en los apartados siguientes. El art. 19 de la Constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223). Pero con independencia de ese sustento constitucional y paralelamente, esta garantía se encuentra consagrada por los tratados. Por la vía de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución nacional, con fuerza y jerarquía superior a las leyes, contamos por de pronto con lo que estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: 'Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa'. Paralelamente, el art. 5 del mismo cuerpo supralegal ampara el derecho a la integridad personal al expresar que 'Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral'. Incluso, sostiene el maestro Germán Bidart Campos, que 'el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el artículo 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del artículo 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional' (conf. art. 10 de la Convención Americana; 'Manual de la Constitución Reformada', t. II, Ediar 1997, p. 110); también ha adquirido jerarquía constitucional el derecho a la indemnización por las responsabilidades ulteriores cuando se ha afectado a una persona por medio de la prensa (art. 13 inc. 2 de la referida Convención). En suma a través de estas previsiones el derecho de daños tiene rango constitucional. Desde otra perspectiva igualmente es descalificable, para el caso, la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil, atento su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos 'conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio',

y el art. 28 establece: 'Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio'...Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, 'Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional', ed. Alfa, t. III; año 1956; p. 355 y sigtes.). [...] Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Por qué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral? En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del Cód. Civ.), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, Cód. Civ.)." (cfr. "M. , R. D. y otro c/ Municipalidad de Coronel Rosales s/Daños y perjuicios y beneficio de litigar sin gastos", del 6 de agosto de 2014, causa C. 114.085, voto del Dr. Eduardo Néstor de Lázzari).-

Vinculado con lo hasta aquí expuesto y a fin de dar acabada respuesta a todos los planteos recursivos de las demandadas debo sostener que tampoco puede prosperar la denuncia de arbitrariedad de sentencia opuesta por violación del principio de congruencia, toda vez que no se observa, en el pronunciamiento atacado un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso o que adolezca de una decisiva carencia de fundamentación (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XIV, Reg. 490, Folio 2671/2677).-

Recuérdese que es tesis de este Tribunal que: " '...La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad excepcional en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación…' (confr. T.S.J. Santa Cruz, Tomo III, Interlocutorio, Reg. 282, Folio 457/458; ídem, Tomo VI, Interlocutorio, Reg. 881, Folio 1022/1025, entre varios)." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 446, Folio 2431/2439). Ninguno de estos supuestos se presenta en el *sub lite*.-

En consideración a lo antedicho se debe rechazar la impugnación de arbitrariedad por la supuesta incongruencia.-

Así las cosas, se debe concluir que los demandados no realizan una argumentación adecuada respecto de la pretendida conculcación del principio de

congruencia, ni tampoco se observa en la sentencia atacada, el apartamiento alegado, razón por la cual deviene improcedente el pretendido agravio.-

Tampoco debe prosperar la denuncia de violación de los arts. 16, 17 y 18 CN; al debido proceso; a la defensa en juicio y a la garantía de igualdad de las partes ya que la sola mención de disposiciones o principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían vulnerado no constituyen base idónea de agravio (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XVII, Reg. 585, Folio 3347/3353).-

Por todo lo hasta aquí dicho, corresponde rechazar los planteos casatorios vinculados al quebrantamiento de formas, realizados por las codemandadas y la citada en garantía.-

V.- Que zanjadas las impugnaciones procesales, ahora corresponde ingresar al análisis de las vinculadas al fondo de la cuestión. Con este propósito se tratarán en primer término los planteos de los actores, para luego hacerlo con la de los demandados y la citada en garantía.-

Ya en este propósito, corresponde decir que se deben rechazar las invocadas falencias de la sentencia por "absurdidad, dogmatismo grosero y carencia de realismo económico". Como así también la afirmación de que el transcurso del tiempo la transforma en írrita, inválida, anómala e insostenible. Esto al menos en lo vinculado con la determinación de la culpa concurrente en la producción del resultado. Otro tema -que merecerá análisis diferenciado- es determinar si el porcentaje de responsabilidad asignado a cada parte (cincuenta por ciento) es adecuado. Ello así, pues es aplicable a la especie lo ya dicho por este Alto Tribunal: "...debido a que el disenso del recurrente al ser infundado, (la mera invocación no es suficiente sino que debe demostrarse), no se basta a sí mismo (confr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abril II-1985, in re: 'Molina Manuel J. versus Grinberg Argentino I.', y su comentario en E.D., Tomo 114, pág. 145 y ss., y TSJ Santa Cruz, Tomo I, Sentencia, Reg. 30, Folio 160/164 del 4-Nov-92), puesto que no es suficiente el disenso en sí mismo, sino que debe socavar los cimientos estructurales del acto sentencial (confr. TSJ Santa Cruz, jurisp. cit. y Tomo I, Sentencia, Reg. 38, Folio 74/78, entre otros), dado que las referencias sostenidas en el recurso como fundamentales, no resultan idóneas para quebrar la estructura de la sentencia definitiva atacada, por ineficacia de fundamentación suficiente para sostener el embate (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo I, Interlocutorio, Reg. 38, Folio 74/78 del 14-Oct-1988; Hitters, aut. y ob. cit., pág. 420/421), y cuyas alegaciones por insuficientes, no pueden alcanzar el estadio excepcional de la Casación (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo I, Interlocutorio, Reg. 33, Folio 225 y Tomo II, Interlocutorio, Reg. 137, Folio 225, 19-Agos-1988, entre otros), en razón que la mera invocación sin fundamentación, resulta una simple

discrepancia que sella definitivamente la cuestión traída; es por ello que se requiere la fundamentación, esto es, la demostración del aserto que se invoca por cuanto '...si se le exige a los Jueces que se esmeren para apontocar sus fallos, también debe exigirse la debida fundamentación del recurso para sostener el embate...' (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo I, Interlocutorio, Reg. 101, Folio 199/202). Es así entonces que el mero disentimiento de la parte con lo resuelto por el ad quem, no habilita la vía del recurso extraordinario provincial puesto, más como en el caso de autos, cuando los motivos dados en la instancia de grado son coherentes y lógicos, logrando una equilibrada interpretación legal que conduce a una apropiada composición positiva de la litis..." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 440, Folio 2405/2408).-

A mayor abundamiento, resulta oportuno señalar que el fallo recurrido no puede ser considerado arbitrario ni se advierte que denote una absurda valoración de la prueba colectada en autos, al menos desde una perspectiva amplia de los argumentos y valoración fáctica desarrolladas en el fallo atacado, sin perjuicio de la crítica que merece el modo y porcentaje de responsabilidad que el mismo atribuye a las partes intervinientes en el hecho dañoso. En tal sentido este Alto Cuerpo ha expresado que: "Del recurso interpuesto se desprende que si bien menciona los vicios estructurales del fallo que entiende existen, no señala pormenorizadamente en qué consisten concretamente en el fallo, y menos aún logra demostrarlos, indicando tan sólo su discrepancia con la sentencia atacada pretendiendo no sólo una interpretación y una aplicación distintas de la normativa vigente -invocación que por sí sola no basta en el ámbito casatorio dada la limitación extraordinaria de la instancia- sino que, en especial, por el pretendido avocamiento por parte de este Alto Cuerpo del análisis de los hechos, materia exclusiva de los jueces de grado con las salvedades propias de la materia en orden al absurdo o a la arbitrariedad. Es así, que no se advierte en la especie valoración absurda ni arbitrariedad manifiesta, como así tampoco un apartamiento de los principios de la lógica que justifiquen el remedio excepcional y extraordinario de la Casación, puesto que la defensa particular basa su disenso en materia de hechos y prueba, pretendiendo -erradamente tal como se expusiera supra-, una interpretación diferente, como si se tratara de una tercera instancia común u ordinaria (confr. Hitters, Juan C.; en: 'Técnica de los Recursos Extraordinarios y de Casación', Ed. Platense, 1984, pág. 181, párrafo primero), dirigiendo así su esfuerzo hacia la apreciación crítica y el análisis lógico de las probanzas meritadas, para tratar de demostrar la inexactitud de los juicios emitidos por la Cámara directamente relacionados con el cuadro fáctico y la interpretación de la prueba arrimada. Obviamente, el planteo así traído no logra el acceso al ámbito de la casación, toda vez que la apreciación de la prueba queda normalmente detraída de ella, salvo cuando se demuestre que la valoración intelectual desarrollada en el proceso de formación de la

sentencia, carece de bases aceptables que por tal circunstancia puedan afectar el derecho de defensa o del debido proceso que en autos han sido observados por los Jueces de mérito, ya que, tampoco es función de la casación el reexamen de los hechos establecidos en las instancias ordinarias, salvo que los jueces de grado hubiesen incurrido en absurdo o la hubiesen elaborado en forma irrazonable, no siendo suficiente que dicha valoración sea discutible, objetable o poco convincente, para abrir la instancia extraordinaria..." (cfr. fallo cit.).-

Es que es requisito para la procedencia de un recurso de casación por arbitrariedad o absurdo la demostración de tal circunstancia, debiendo relacionarse el fallo con respecto a la prueba colectada y la aplicación del derecho correspondiente, debiendo surgir de tal operación que la sentencia se aparta de la relación fáctica objeto de la *litis*, ya sea en cuanto a la subsunción de los hechos o bien en la resolución del caso con total y absoluta prescindencia de la normativa que a esos mismos hechos debió aplicar y no lo hizo.-

En el particular caso de autos, no se avizora, ni se comprueba que la valoración de la prueba efectuada en forma integral y omnicomprensiva por la Alzada incurra en el alegado agravio de absurdo, salvo en lo que respecta al porcentaje de concurrencia asignado a cada una de las partes en el siniestro, aspecto que sí es merecedor de revisión por parte de este Alto Cuerpo, entendiendo que allí el fallo recurrido incurre en absurda valoración de la prueba. En efecto, se constata como razonable la fundamentación de la Cámara en el voto del Dr. Humberto Eduardo Monelos, quien lidera la mayoría, asentándose en el plexo probatorio recogido y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 364 del CPC y C (en virtud de las reglas de la sana crítica), sin perjuicio de lo que se expondrá mas adelante. En este aspecto, el mencionado Vocal -luego de señalar que el lugar del accidente era una recta, sin problemas de visibilidad y con la ruta con las fisuras reparadas- merita que Bordón dejó estacionada su camioneta sobre la cinta asfáltica de la ruta con el freno de mano puesto a fin de levantar unos conos ubicados en la ruta (cfr. fs. 1721/1723). Luego asevera que: "Los trabajos habían terminado y Bordón estaba recogiendo los conos que tenía a su frente y, como indica en indagatoria y confirma López, había dejado por lo menos uno de la parte de atrás, que advirtió el testigo estaba tirado. No se puede determinar si fue Bianchi quien lo tiró o si fue alguien que pasó antes, o que fue el viento, pero un cono es un llamado de atención que debió alertar a Bianchi para reducir la velocidad y prestar atención [...] El estado de la ruta se encontraba marcado, en el sector que atravesó Bianchi antes del choque, con por lo menos un cono, pues se los estaba retirando, y por ello el actor debió adecuar la velocidad para tener el total dominio del rodado. Y en algo falló, pues derrapó y no pudo evitar el choque contra un vehículo detenido afectado a las tareas de liberación de la ruta

después de las tareas [...] Creo que el Sr. Bianchi tuvo unos instantes de distracción o de adormecimiento, pues no puede presumirse que embistió adrede al otro automotor..." (cfr. fs. 1724/1725) Luego señala que Bianchi desatendió la regla de no beber alcohol cuando se tiene que manejar, lo que contribuyó a la producción del accidente, y concluye que la existencia de la camioneta de Bordón detenida en la ruta no fue la única causa del accidente (cfr. foja 1728 vta.).-

Sintetiza su análisis al decir: "Por ello es que entendí que hubo culpa en la producción del accidente por parte del conductor de la Galloper quien embistió a una camioneta que se encontraba (bien o mal), detenida en la ruta, en un tramo suficientemente recto como para que Bianchi pudiera haber detenido su vehículo, si hubiera tenido el pleno dominio del mismo, o tan siquiera que el choque no tuviera fatales consecuencias para él. Y, a ello le sumo que, en la emergencia conducía con alcohol en sangre lo que representa una imprudencia que le dificultó el mantener el pleno dominio sobre su vehículo [...] Por ello estoy convencido que corresponde asignarle un porcentaje de culpa concurrente al Señor Bordón que estimo en un cincuenta por ciento (50%) otorgando el restante cincuenta por cineto (sic) al Señor Bianchi al entender que hubo culpa concurrente." (cfr. 1730 vta./1731 vta.).-

Los argumentos del Dr. Monelos son ampliados por el voto del Dr. Juan Pablo Olivera, que lo acompaña en la mayoría. Del mismo es oportuno señalar las siguientes consideraciones: "Es que tratándose de un (sic) colisión entre dos automóviles, la cuestión no puede ser abordada desde un perfil estanco como la culpa del demandado, sin advertir que ambos conductores han desplegado una actividad riesgosa con el uso de la cosa (art. 1.113 del C.C.). Para sustentar la decisión a la que arribaré, entiendo que previamente debo dar el marco jurídico con que se resolverá la litis, y este no es otro que el sistema de responsabilidad objetiva previsto por el art. 1.113 2do. párrafo del C.C., único que permitirá examinar la conducta o aporte causal de ambos conductores, pues la naturaleza binaria del evento así lo impone, máxime cuando los demandados han introducido como materia litigiosa el factor de exclusión del nexo causal por la actividad imperita del conductor fallecido." (cfr. foja 1743); "Surge de las declaraciones volcadas en el sumario penal que el Sr. Alberto Bianchi, circulaba por la Ruta Provincial N° 43 desde la ciudad de Perito Moreno en dirección a la ciudad de Las Heras. Así lo consignan los testigos Jorge Daniel Bilbao (fs. 42/49), María Esther Aravales (fs. 63/64) y Patricia Alejandra Almonacid (fs. 79/80). También afirman que lo hacía en un horario diurno (16:00 a 16:30 hs), en pleno verano lo que permite inferir que no había mengua de la visibilidad y sobre un (sic) recta sin que medie intervención de otros automotores. Asimismo relatan los acompañantes del Sr. Bianchi que emprendieron el viaje desde Perito Moreno luego de almorzar un asado y conforme surge del examen practicado a

aquel, había consumido una cantidad dosable de alcohol en sangre (que arrojó la cifra de 0,38 grs/lt de sangre). Dicha cantidad de alcohol en sangre si bien no resulta antirreglamentaria por sí misma por no superar el tope permitido para un conductor particular (0,5 grs/lt, ley, conf. ley 24.449). Cierto es también que no se ha practicado la prueba de alcoholemia retrospectiva, la que mide la escala real que el involucrado tenía al momento del evento, considerando en general que un hombre medio elimina 0,1 gr/lt de alcohol por hora. La ausencia de dicha prueba no permite inferir la infracción administrativa del exceso de alcohol en la conducción, considerando ésta como factor objetivo de atribución al resultado, aunque sí puede a modo de presunción científica considerar que el Sr. Bianchi tenía un grado de alcohol por litro de sangre mayor al determinado, atento a que la extracción se realizó tres horas después del accidente de tránsito. En cuanto a la velocidad de circulación la pericia del Lic. Rivarola determina que previo a intentar una maniobra evasiva, Bianchi circulaba a 111 km/h, es decir [a] un[a] velocidad que de por sí no es anti-reglamentaria, aunque según las condiciones de transitabilidad la cuestión puede variar. También relatan los testigos que Bianchi circulaba despierto y con normalidad, y que luego de una curva sobre el mismo carril que lo hacía advierten una camioneta detenida. Según lo que resulta de las actas de inspección ocular tomadas por el Perito Rivarola, el espacio que mediaba entre la curva y el lugar donde se encontraba estacionada la camioneta era de aproximadamente 650 metros. Puestas así las cosas, surge patente una conducta riesgosa introducida en la circulación por el agente Bordón que en la emergencia de desarrollar una tarea encomendada (recolección de conos de señalización en una ruta provincial), optó por realizar la labor infringiendo normas de tránsito (prohibición de detención sobre la cinta asfáltica, 48 inc. 'i' ley 24.449). Cierto es que el objetivo buscado, desde un análisis ex post, pudo ser llevado a cabo sin poner en peligro bienes jurídicos de terceros, puesto que sin desplegar ningún esfuerzo superior, pudo circular y estacionarse por la banquina (conducta debida)." (cfr. fs. 1743 vta./1744 vta.).-

En relación al aporte causal de Bianchi en la producción del resultado, el Dr. Olivera se expidió en los siguientes términos: "Así parte del contorno fáctico introducido por la conducta de la víctima Bianchi, ha quedado consolidado en el testimonio del Sr. Jorge Daniel Bilbao, quien puntualmente sostuvo: '...en un punto de la ruta nos encontramos que había una camioneta parada por el carril que circulábamos. En ese momento Alberto había intentado cambiarse de carril para poder esquivar la camioneta estacionada pero resultó que en el otro carril se encontraba una persona retirando conos que se encontraban colocados allí, entonces decidió volver al carril de su mano no pudiendo evitar el impacto con la camioneta estacionada. Había dos posibilidades o se esquivaba a la persona que estaba en el carril o nos impactá-

bamos con la camioneta estacionada que fue lo que pasó... Esta persona evidentemente iba quitando los conos y había en ese momento estacionado la camioneta sobre el carril que circulábamos...' [...] Por ello confrontado el testimonio de Bilbao con las conclusiones de la pericia accidentológica del Lic. Rivarola, se podrá arribar a una (sic) veredicto acerca de si el aporte causal del conductor fallecido Bianchi, ha sido relevante para al menos producir en alguna medida una interrupción del nexo causal entre el riesgo creado por Bordón y el resultado [...] puede concluirse que Bianchi divisó a la camioneta con antelación, aunque no redujo la velocidad lo suficiente para mantener el pleno dominio del vehículo, confió en poder sobrepasar a la Toyota detenida por el carril contrario, y al advertir la presencia de Bordón junto a la misma (sobre el carril que pretendía usar), ensayó una nueva maniobra evasiva, esta vez para sortear no sólo la camioneta detenida sino a un peatón que indebidamente se encontraba sobre la cinta asfáltica." (cfr. fs. 1745/1746).-

También le asigna un cincuenta por ciento de responsabilidad a Bordón y otro tanto a Bianchi en la producción del resultado dañoso (cfr. foja 1747).-

En atención a lo expuesto, se advierte como correctas las conclusiones a que arriba la Cámara vinculadas a la mecánica del accidente y a la existencia de culpa concurrente en la producción del resultado. Por lo tanto, tales cuestiones no serán objeto de revisión.-

En lo que si habré de discrepar es en cuanto al porcentaje de responsabilidad que se le debe asignar a cada parte. Si bien esto, necesariamente, lleva a una nueva interpretación de la prueba producida, lo cual está -en principio- vedado en casación esta regla se exceptúa cuando se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas de derecho que gobiernan esa interpretación o se ha producido una absurda valoración de las probanzas (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo VI, Reg. 185, Folio 1003/1008).-

Específicamente sobre la materia en estudio se ha entendido que "...la apreciación de la prueba, a los fines de la determinación de la culpa, es cuestión reservada a los jueces de los hechos y exenta de casación, salvo que se acredite que tal apreciación se ha efectuado con infracción a las reglas de la sana crítica, o con violación de las leyes de la prueba o en forma manifiestamente absurda." (cfr. sum. SCBA, "Ronchetti, Oscar Alberto c/ Fulvio, Fazio Lidio Hugo s/ Daños y Perjuicios" del 21/8/1984, causa LP Ac 33386 S).-

En igual sentido se ha expedido nuestro Máximo Tribunal Nacional, al señalar que la circunstancia de que los agravios de las recurrentes remitan al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, no impide acoger el recurso extraordinario cuando la sentencia cuestionada ha omitido la consideración de elementos apropiados para decidir el grado de responsabilidad que cupo a las partes

en un accidente de tránsito (cfr. Fallos 326:3621; DJ 2004-1, 489, La Ley 2004-B, pág. 354, del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).-

En base a lo expuesto es que considero que en el *sub lite* existen elementos que llevan a efectuar un análisis de la sentencia cuestionada.-

La solución propuesta será la que más se compadece con el criterio, sostenido por este Tribunal, que consiste en poner la búsqueda de la verdad y la justicia del caso por encima de las formas (cfr. TSJ Santa Cruz, Tomo VIII, Sentencia, Reg. 279, Folio 1522/1526), en la inteligencia de que el criterio excesivamente riguroso, en lo que a limitaciones de derecho concierne, podría provocar una restricción inadecuada de la oportunidad del litigante de defender sus derechos afectando garantías fundamentales que consagra nuestra Ley Suprema.-

En esas condiciones, resulta indudable que la conducta de la víctima ha interferido en la producción del evento dañoso, al realizar un aporte causal que contribuyó a la producción del resultado. Es por ello que entiendo que se ha configurado parcialmente la causal eximente de culpa o imprudencia de la víctima a la luz de lo dispuesto en el artículo 1113 del Código Civil.-

Existe culpa concurrente cuando el daño es el resultado de la conducta de ambas partes, por haber sido cada una de ellas condición indispensable para que se produzca el perjuicio, es decir, que la culpa de la víctima y la del autor del hecho son factores concurrentes en su producción (Fallos: 326:1910). En el mismo sentido "C. Fuero Pleno, Reconquista (S.F.), 6/2/86, 'Starna, Nelso O. c/ De Gulf, Oscar A. s/ Ord. de cobro de pesos por indemniz. Daños y perj.', Zeus, T. 47. R-79 (Nº 10248)", citado por Graciela Di Marco, "Ley de Transito Nº 24449", Ed. Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 24).-

En este contexto, estimo que el riesgo creado por el demandado Bordón fue sensiblemente superior al que se le puede imputar a Bianchi. En atención a las pruebas y normativa ya referenciadas, se puede tener por cierto que aquél dejó una camioneta en el medio de un carril de la cinta asfáltica de una ruta, con el freno de mano puesto y que obstruía el otro carril con su persona mientras recolectaba conos de tránsito; y sin contar con auxiliares (banderilleros u otros ayudantes) que le hubieran permitido realizar su tarea con escaso riesgo. Así Bordón contravino la prohibición estatuida en el artículo 48, inciso i) -de no detenerse en la calzada- y t) -de no obstruir la cinta asfáltica-; y 49, inciso 1°) -de estacionarse en un lugar donde se afecta la seguridad del tránsito- de la Ley Nº 24.449.-

Se constata de esta manera la existencia de un total descuido por parte de Bordón de las prevenciones que las circunstancias de tiempo y lugar le imponían. Es más, si suprimimos hipotéticamente estas conductas se llega a la conclusión de que el accidente no hubiese tenido lugar.-

En cambio, como bien lo reseñara la Cámara, a Bianchi sólo se le puede enrostrar que no tuvo el dominio absoluto de su camioneta en el momento del trágico accidente y que no pudo evitar la colisión; infringiendo la obligación de tener siempre el control total del vehículo (cfr. art. 50 de la Ley Nº 24.449). En concordancia con esta disposición, ha entendido la jurisprudencia que: "Es deber del conductor de un rodado, en tanto guardián de una cosa peligrosa, estar atento y preparado para responder eficazmente a las contingencias que genera el tránsito de cosas y personas..." (cfr. CNCiv., sala B, 24/03/2000, "Cruz de Mamani, Severino y otro c. Rodríguez Pereyra, Carlos A.", La Ley 2000-D, pág. 896).-

Lo aconsejable para Bianchi hubiera sido disminuir la velocidad; y frenar o desviar el vehículo para evitar la colisión ante los obstáculos que le interpuso Bordón en la ruta. Sin embargo Bianchi no lo hizo, sólo atinó a desviar su automotor, mas no lo suficiente (ver pericia accidentológica, a fs. 54/58 vta. de la causa penal "Bordón Raúl Benjamín s/Lesiones Culposas" Expte. Nº 2033/05). Se deduce de lo dicho que la culpa por imprudencia de Bianchi (arts. 512 y 902, Cód. Civil) resulta clara. Si tenemos en cuenta, además que de haber mantenido el control adecuado del vehículo (lo cual era su obligación como su conductor (cfr. art. 50 de la Ley Nº 24.449) podría hacer evitado el impacto.-

No obstante, no todas las condiciones necesarias para que ocurra un acontecimiento generan equivalente responsabilidad, sino que ella dependerá, en casos como el presente, del deber de cuidado que a cada una correspondía según las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Así, se acrecentará la responsabilidad de aquél que, de conformidad a lo previsto en el artículo 902 del Código Civil tenía una mayor obligación de obrar con prudencia y diligencia. Lo cual acentúa, como correlato, el deber de responder por las consecuencias de su propia negligencia (cfr. Santos Cifuentes, "De los Hechos y Actos Jurídicos que Producen la Adquisición, Modificación, Transferencia o Extinción de los Derechos y Obligaciones", en "Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado", Director, Belluscio y Coordinador, Zannoni, Tomo 4, Buenos Aires, Astrea, 1982, págs. 65/70. En igual sentido, Jorge Joaquín Llambías, Patricio Raffo Benegas, y Fernando Posse Saguier, "Código Civil Anotado", Tomo II-B, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, págs. 32/33).-

En síntesis, en el caso bajo estudio a quien mayor responsabilidad le cabe era a Bordón. Así es que Bianchi aportó una concausa que contribuyó a la producción del resultado, pero que no habilita a que tenga que cargar en partes iguales con las consecuencias del evento.-

Considero, entonces, que existió culpa concurrente en la provocación del accidente la cual, a mi modo de ver, y dado las responsabilidades que a

cada uno les cupo, debe atribuirse en un 80% al Sr. Bordón y en un 20% a la víctima.-

Desde otro cuadrante se debe rechazar el agravio vinculado al monto de la condena de daño moral. Pues su determinación es una típica cuestión de hecho y prueba, irrevisable en esta instancia salvo arbitrariedad o absurdo, circunstancias que no se presentan en el *sub lite*. En esta inteligencia este Alto Tribunal ha sostenido que: "...De tal modo, la revisión de la cuantificación de la indemnización del daño moral, en principio, queda fuera del ámbito del recurso de casación. No obstante, y puesto que pesa sobre todo juzgador la obligación de motivar lógica y legalmente sus decisiones, la casación por las causales formales será procedente en tanto se advierta que la cuantificación se presente notoriamente injustificada o arbitraria...Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano, lo cual no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente; de modo que, para cuantificar la reparación es preciso tener en cuenta la lesión a los sentimientos, afección y tranquilidad anímica que afectó a la actora..." (cfr. Sentencias, Tomos XIII, Reg. 466, Folio 2532/2538 y XVI, Reg. 557, Folio 3151/3159).-

El daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.-

La Cámara, para concluir en la decisión de la procedencia y *quantum* del daño moral realizó una prudente ponderación de las consecuencias extrapatrimoniales del hecho dañoso respecto de los deudos del Sr. Bianchi, reduciendo la suma fijada en Primera Instancia. Luego de reseñar las circunstancias tenidas en cuenta para su fijación, expresó: "...Considero sí atendible parcialmente el agravio de la codemandada y citada en garantía en el sentido que el monto otorgado es alto, por las razones expuestas y propongo a mis colegas el reducirlo a la suma de pesos ochenta mil para cada uno de los hijos y de cien mil para la esposa, sumas que estimo justas y equitativas en atención al vínculo, edad de la víctima, circunstancias del fallecimiento y las personales de ambas partes. Por el porcentaje de culpa de la víctima establecido en la sentencia y consentido (sic) la indemnización a cargo de los condenados debe reducirse a la proporción atribuida al demandado Bordón." (cfr. foja 1737 vta.).-

Por consiguiente, se puede afirmar que la cantidad dineraria compensatoria del daño moral es la que se infiere caso por caso de la particular

apreciación y comprensión del dolor ajeno. En este sentido y conforme surge de las constancias del decisorio cuestionado, los criterios utilizados por la Excma. Cámara de Apelaciones para cuantificar el daño moral no presentan un desvío lógico que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido.-

En este sentido, corresponde reducir el daño moral en atención al porcentaje de responsabilidad asignado a cada parte -como pretenden los actores en su casación- ya que el daño moral también es consecuencia del accidente y cada parte debe responder, como en otros rubros, por el porcentaje que le cabe de condena. En esta inteligencia este Alto Tribunal Provincial ha dicho que: "...'...el daño moral significa una alteración disvaliosa del espíritu, que se traduce en un perturbado desarrollo de la capacidad de sentir, del modo de estar de la persona en relación al que se hallaba con anterioridad al hecho lesivo, como consecuencia de éste...'..." (cfr. Sentencia, Tomo XVII, Reg. 582, Folio 3323/3331.-

Aquí corresponde efectuar una aclaración. Como con esta sentencia se redujo el porcentaje del que deben hacerse cargo los actores, al 20%, tan sólo por esa proporción será la reducción del monto de la condena por daño moral.-

Del mismo modo es una cuestión de hecho y prueba lo vinculado al pedido de deducción de la base de cálculo de la indemnización por el rubro "vida" en un 15 y no en un 30%; sólo revisable en caso de arbitrariedad o absurdo. Con este criterio ya ha dicho este Alto Cuerpo que: "Aquí, cabe aclarar que el monto de la indemnización constituye, en principio, una cuestión que pertenece al ámbito de conocimiento y juzgamiento de los jueces de grado, quedando ubicada en el espacio de la razonable discreción de éstos y por lo tanto resulta ajena al recurso extraordinario de casación (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo VI -Sentencia-, Reg. 217, Folio 1171/1175, Idem Tomo II -Sentencia-, Reg. 60, Folio 240/244, entre muchos otros). Este principio resulta operativo, salvo la demostración de absurdo. Esto es así porque la fijación del monto de una indemnización tiene estrecha relación con los hechos acaecidos y las pruebas aportadas por las partes, tópicos éstos, ajenos en principio al recurso extraordinario que nos ocupa, salvo que se demuestre '...que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas...' (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo IV -Sentencia-, Reg. 156, Folio 783/789)." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 446, Folio 2431/2439).-

Al respecto, se debe destacar que la Alzada razonablemente ha determinado que se debe descontar de la base del cálculo un 30 % de los ingresos de Bianchi que se calcula como de consumo propio. Es decir como parte de sus ingresos que debería haber invertido para mantener a su persona y sin generar un excedente en ahorro.-

En consecuencia, no habiendo absurdo ni incongruencias palmarias en la cuantificación de los rubros referenciados (daño moral y valor vida), los agravios antes mencionado no pueden tener favorable acogida.-

VI.- Que ahora corresponde ingresar al análisis del agravio de los demandados y la citada en garantía que ha quedado sin tratar, vinculado con que los actores recibirían una doble indemnización prohibida por el cobro realizado a CNA ART S.A..-

La cuestión relativa a si la indemnización abonada por CNA ART S.A. debe ser descontada al monto de la condena de autos se resuelve por la aplicación del artículo 39, 4° párrafo de la Ley Nº 24.557 (de Riesgos del Trabajo), el que dispone en su parte pertinente: "Responsabilidad civil…4. Si alguna de las contingencias previstas en el artículo 6 de esta ley hubieran sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado. 5. En los supuestos de los apartados anteriores, la ART o el empleador autoasegurado, según corresponda, están obligados a otorgar al damnificado o a sus derechohabientes la totalidad de las prestaciones prescriptas en esta ley, pero podrán repetir del responsable del daño causado el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado.".-

CNA ART S.A. (por ser un accidente *in itinere*) abonó la suma de ochocientos ochenta mil trescientos treinta y siete pesos con cuarenta y seis centavos ($880.337,46) en favor de quienes acreditaron ser derechohabientes de Bianchi: Marcela Claudia Bottoni, Ignacio Alfredo Bianchi, Paulina Bianchi, Natalia Soledad Bianchi, Agustín Guillermo Bianchi y Virginia Bianchi (cfr. foja 1349 y vta.). Los rubros indemnizatorios fueron: gastos de movilidad; gastos de sepelio; gran invalidez; incapacidad laboral temporal; incapacidad permanente; investigaciones; muerte; prestaciones médicas; prótesis y ortopedia; y recuperos (cfr. foja 1349 vta.).-

Con respecto a la deducción prevista en el artículo 39 de la Ley Nº 24.557 puede citarse el considerando 11 del fallo "Mosca" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dice: "Debe tenerse en cuenta que el actor percibió de La Caja-ART la suma de $ 26.933,50, en concepto de incapacidad laboral parcial y permanente (estimada en un 25,97%) por el accidente de trabajo suscitado a raíz del mismo hecho que motiva estas actuaciones, ello en el marco de la ley 24.557 (informe foja 604 y documentación adjunta). Al respecto, corresponde tener presente que si bien el acogimiento a este régimen no impide al damnificado que reclame al tercero responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren

corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil, en tal supuesto 'se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la A.R.T.' (art. 39, inc. 4°, ley citada), ya que, a su vez, esta última podrá repetir del responsable del daño causado el valor de las prestaciones que hubieran abonado (art. 39, inc. 5°, ley citada)." (Fallos 330:563).-

En atención a lo expuesto, estimo que debe descontarse al monto de la condena el valor de las prestaciones abonadas por CNA ART S.A. a los actores que coincidan como ítem indemnizable con los de la condena de autos (cfr. Mario Ackerman, "Ley de Riesgos del Trabajo", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013, pág. 494/499; y Juan J. Formaro, "Riesgos del trabajo", Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 359). En el *sub lite* considero que sólo se debe descontar al monto de la condena lo abonado por la CNA ART S.A. en concepto del rubro "Muerte", es decir por una suma de doscientos treinta mil pesos ($230.000), pues el resto de los rubros no se superponen con los de la condena de autos.-

Recordemos que en autos se condena por el rubro valor vida, que computan todos los ingresos que no se incorporarán al peculio del fallecido Bianchi en razón de quedar truncada su vida por el luctuoso accidente; por pérdida de chance, que sube el anterior en un veinte por ciento suponiendo el posible aumento de ingresos del extinto; y daño moral por el sufrimiento espiritual de sus seres queridos y familiares. En cambio los pagos efectuados por CNA ART S.A. por gastos de movilidad; gastos de sepelio; gran invalidez; incapacidad laboral temporal; incapacidad permanente; investigaciones; prestaciones médicas; prótesis y ortopedia; y recupero apuntan a indemnizar el daño emergente por el siniestro.-

Por lo tanto el agravio debe tener parcial acogida.-

VII.- Que como corolario de todo lo antedicho, propongo al Tribunal casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido que existió, también, responsabilidad por el hecho de la víctima, y así establecer la responsabilidad concurrente en la provocación del accidente, la que deberá atribuirse un 20% a Bianchi y un 80% a Bordón. Asimismo se deberá descontar al monto a abonar la suma de doscientos treinta mil pesos ($230.000) percibida por los actores como rubro "muerte" por CNA ART S.A.. De modo tal que los codemandados y la citada en garantía, en la medida de su cobertura, deberán abonar solidariamente el 80% de los daños fijados en la sentencia recurrida, menos el descuento señalado. Confirmándola en el resto de lo que decide. En consecuencia, las costas de todas las instancias deberán imponerse a la parte actora en un 20 % y a las demandadas y citada en garantía en un 80 %, conforme a la responsabilidad (cfr. art. 71, CPC y C).-

Es por todo lo expuesto que a esta **Primera Cuestión voto** por la **afirmativa parcial**, respecto de los recursos interpuestos por la parte actora; y por

las codemandadas Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A.; Transporte La Costa S.R.L. y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa.-

Los Dres. **Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti, y la Sra. Presidente, Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos,** a la primera cuestión, por compartir sus fundamentos **adhieren** al voto de la Dra. Alicia de los Ángeles Mercau.-

A la **PRIMERA CUESTIÓN** la Dra. Fernández dijo:

I.- Disiento parcialmente con el voto de mis distinguidos colegas preopinantes, en cuanto determina que en la provocación del accidente de tránsito discutido en el sub lite existió responsabilidad por el hecho de la víctima, distribuyendo la culpa concurrente en un veinte por ciento (20%) a la víctima y un ochenta por ciento (80%) al demandado Bianchi.-

Asimismo considero imperioso expedirse explícitamente sobre la imposición de costas dispuesta por la Cámara, lo que fue materia de agravios por la parte actora.-

En cuanto a las costas procesales de esta instancia, comparto el pronunciamiento de mis distinguidos colegas preopinantes, aunque por los fundamentos que expondré más adelante.-

II.- Inicialmente, corresponde precisar que la atribución de responsabilidad en un accidente de tránsito, y en función de ello, la determinación de la medida en que la actuación de la víctima deviene susceptible de interrumpir el nexo causal, como también la revisión de ese nexo, resultan típicas cuestiones de hecho y prueba, abordables únicamente en el supuesto de absurdo (cfr. SCBA, "De la Peña, Lidia Delia contra Aranda, María Angélica. Daños y perjuicios", causa C. 107.928, entre otras).-

En esta senda, ha sostenido este Tribunal que las circunstancias que llevan a establecer la responsabilidad ante un siniestro, como determinar la relación entre un hecho y el daño, conforman típicas cuestiones de hecho, cuya apreciación se encuentra reservada a los jueces de grado y excluida de la censura en casación, salvo el supuesto excepcional del absurdo de la prueba (cfr. Interlocutorios, Tomos XI, Reg. 1462, Folio 2044/2045; XXI, Reg. 2672, Folio 4050/4053; XXII, Reg. 2796, Folio 4367/4370 y Sentencia, Tomo XIII, Reg. 446, Folio 2431/2439; entre otros).-

Dicho extremo es el error grave y manifiesto que conduce a conclusiones contradictorias, incongruentes o incompatibles con las circunstancias objetivas de la causa (cfr. SCBA, C. 102.636, entre otras).-

En el caso de autos considero que los elementos de prueba seleccionados y ponderados por la Cámara de Apelaciones son adecuados. Empero,

entiendo que la Alzada ha incurrido en un grave desvío en las conclusiones a las que arriba en lo atinente a la distribución de responsabilidad entre el damnificado y los codemandados.-

III.- La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, por mayoría, modificó la sentencia dictada en la instancia de origen, determinando que existió culpa concurrente en la producción del accidente, imputando un cincuenta por ciento (50%) al señor Bianchi y el cincuenta por ciento (50%) restante al Sr. Bordón (cfr. foja 1748 vta.).-

El Dr. Monelos (cuyo voto lideró la mayoría) expuso que la conducta del codemandado Bordón pudo contribuir a la producción del siniestro al detener la camioneta que conducía sobre la línea divisoria de la ruta con lo que estrechó el espacio para el paso. A ello le adicionó que no observó si se aproximaba algún vehículo al cargar los conos que estaban en la carretera. Agregó que si el codemandado hubiera divisado al automotor que conducía el señor Bianchi, pudo haberse puesto a cubierto en la banquina y permitir que éste no intentara tardíamente volver a su mano, con las consecuencias trágicas que tuvo (cfr. foja 1731).-

En cuanto al obrar del señor Bianchi -víctima del fatal siniestro- sostuvo que éste no pudo dominar su vehículo y embistió a otro que se encontraba detenido, habiendo tenido una recta previa de seiscientos cincuenta metros que le debió permitir divisarlo y detener su marcha sin colisionar o, en su caso, con menores consecuencias. Igualmente, subrayó que el damnificado se encontraba con sus condiciones disminuidas en razón del porcentaje de alcohol en sangre que tenía y que excedía en el momento del choque el límite permitido (cfr. foja 1731 vta.).-

A su turno, el Dr. Olivera consideró que el codemandado introdujo un riesgo elevado, al realizar una actividad prohibida por las leyes de tránsito, consistente en detenerse irregularmente en la cinta asfáltica, sin contar con otros aportes (v.gr. banderilleros o ayudantes) para concretar la tarea de retiro de conos demarcadores, que ciertamente hubieran permitido evitar el resultado dañoso.-

Como contrapartida, recalcó que hubo otro riesgo que coadyuvó en la producción constituido por la falta de eficiente previsión por parte del conductor Bianchi en el modo que sorteó el obstáculo al tránsito vehicular que se le presentó en la emergencia, sin disminuir la velocidad de circulación para posibilitar una maniobra evasiva eficaz (cfr. foja 1746 vta.).-

Por su parte, el voto minoritario de la Dra. Naves destacó que el señor Bordón incurrió en una falta gravísima absolutamente injustificada al detener el automotor que conducía en una ruta de tránsito rápido, siendo esta circunstancia causa determinante del accidente. Aludiendo a la conducta desplegada por la víctima,

dijo que cualquier conductor puede presumir fundadamente que el vehículo que le precede en una ruta está circulando y recién advertirá que está detenido cuando se acerque a él a una corta distancia, donde las posibilidades de maniobrar el automóvil no serán las mismas que hubiese tenido de haber sido alertado debidamente de esa situación totalmente anómala (cfr. foja 1740 vta.).-

IV.- En su recurso de casación, los actores plantean que la sentencia en crisis incurrió en absurdo y dogmatismo grosero, erigiéndose en un pronunciamiento intrínsecamente arbitrario (cfr. foja 1764 vta.).-

Señalan que la forma ilegal y antirreglamentaria en la que el codemandado Bordón detuvo su vehículo en la mitad de la calzada constituye la causa eficiente del siniestro y enfatizan que si lo hubiera estacionado en la banquina el accidente no habría ocurrido (cfr. foja 1766 vta.). Consecuentemente, afirman que no existió interrupción alguna del nexo causal entre la conducta achacable al codemandado y el evento dañoso suscitado (cfr. foja 1767).-

V.- A mi entender el recurso debe prosperar en la parcela que se examina.-

V.1.- La relación de causalidad o nexo causal entre la conducta del responsable y el daño causado constituye uno de los requisitos insoslayables para que se genere la responsabilidad civil.-

Nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema de la causalidad adecuada (art. 906 del Código velezano, vigente al momento de los hechos, y art. 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación).-

Esta teoría distingue, de las diversas condiciones que posibilitaron un hecho dañoso, una a la que se llama causa, de acuerdo con su incidencia concreta en el desenlace dañoso. No hay en ella paridad causal ni equivalencia de las condiciones, sino un impacto preponderante de una determinada condición, que es elevada al rol de causa.-

La adecuación se determina objetivamente, con posterioridad a la producción del hecho, por un observador imparcial (el juez), que habrá de representarse la situación anterior a la comisión (juicio ex ante) y deberá tener en cuenta, por una parte, la experiencia general y, por otra, los conocimientos personales del autor. Si, a la vista de estos datos, el observador imparcial llega a la conclusión de que la condición era apropiada para originar el curso causal desarrollado, tal condición será la causa del resultado dañoso.-

En esta elaboración no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico; una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevita-

blemente. De ahí el criterio de objetividad que la impregna (cfr. Marcelo J. López Mesa, "Presupuestos de la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá, 2013, pág. 430).-

V.2.- La responsabilidad civil en el derecho del tránsito, siempre se configura como consecuencia del incumplimiento de un deber preexistente -ya sea por acción u omisión-, el que además debe estar relacionado causalmente en forma adecuada con el daño.-

Por ello, cobran relevancia las normas reglamentarias de tránsito que elevan a la categoría de preceptos legales, determinadas reglas de prudencia ya impuestas por los artículos 512 y 902 del Código Civil (Ley 340 y modif.); de modo que el proceder que los infrinja configura al mismo tiempo una ilicitud objetiva y la culpa del conductor interviniente que no necesita ser demostrada, pues ya lo está por la sola violación de aquellas normativas (cfr. Félix A. Trigo Represas, Marcelo J. López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", 1° ed., Tomo III, Buenos Aires, La ley, 2004, pág. 755).-

En suma, la trasgresión de normas de tránsito, especialmente, si se trata de violaciones graves, genera una presunción de responsabilidad del infractor, a quien competerá desvirtuarla, so riesgo de que esa presunción se haga efectiva y termine siendo responsabilizado ya no por la infracción sino por el accidente subsecuente.-

En este sendero se inscribe la jurisprudencia sistematizada por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en su glosa relativa al artículo 1113 del código velezano. Allí, la jurista destaca que es un principio establecido en las leyes de circulación la prohibición de detener el vehículo antes de asegurarse de que se lo puede hacer sin peligro para terceros, por lo cual su inobservancia crea para el conductor la presunción de culpabilidad en caso de accidente. Por eso, constituye una presunción de culpa detener el vehículo en un lugar donde obstruya el tránsito; si el vehículo puede ser removido inmediatamente, hay que hacerlo (cfr. aut. cit., comentario al artículo 1113 del Código Civil, en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Director Belluscio, Coordinador Zannoni, Tomo 5, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 502).-

V.3.- En lo que concierne al caso bajo examen, considero que asiste razón a las recurrentes en cuanto le endilgan responsabilidad exclusiva al codemandado Bordón en la generación del evento dañoso, sin que la conducta desplegada por la víctima pueda erigirse en concausa del mismo.-

De conformidad a las circunstancias que han sido verificadas en autos, entiendo que la causa efectiva del siniestro originado el día 11 de diciembre de 2004 se vincula con la conducta desplegada por el señor Bordón, quien detuvo la

camioneta que conducía en el sector central de la ruta, sobre la línea divisoria de manos de circulación (conforme da cuenta la experticia contenida a fs. 54/58 vta. del expediente penal), sin que haya acreditado que colocó balizas.-

Esta detención absolutamente irregular se produjo sin ninguna razón de fuerza mayor que pudiera representar algún tipo de imposibilidad para removerlo de la calzada, sino que se concretó a los efectos de levantar una serie de conos que se encontraban delante del vehículo que conducía, luego de finalizar una serie de reparaciones en la ruta (cfr. indagatoria obrante a fs. 83/84 vta.).-

Este modo de obrar conlleva una severa inobservancia de las normas de tránsito con incidencia decisiva para la producción del siniestro.-

En efecto, el artículo 48, en sus incisos I) y t) de la Ley 24.449 - a la que adhirió nuestra provincia mediante Ley 2.417- prohíbe la detención irregular sobre la calzada, así como estorbar u obstaculizar de cualquier forma la calzada, lo que constituye una falta grave a tenor de lo preceptuado por el artículo 77, inciso b), apartado 1. A su turno, el artículo 59, en su primer párrafo, dispone que la detención de todo vehículo sobre la calzada o banquina, debido a caso fortuito o fuerza mayor debe ser advertida a los usuarios de la vía pública al menos con la inmediata colocación de balizas reglamentarias.-

Estas infracciones se acentúan por el hecho de que Bordón no resultaba ser un simple conductor que transitaba ocasionalmente por la ruta, sino que se trataba de un empleado avocado a su reparación, por lo que se encontraba obligado a adoptar medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes. Ello a efectos de asegurar la adecuada fluidez del tránsito en todo momento, suprimiendo las causas que pudieran generar inconvenientes o peligros a los usuarios.-

Así, el artículo 23 de la ley mencionada establece que toda obra en la vía pública destinada a reconstruir o mejorar la misma, o a la instalación o reparación de servicios, ya sea en zona rural o urbana y en la calzada o acera, debe contar con la autorización previa del ente competente, debiendo colocarse antes del comienzo de las obras los dispositivos de advertencia establecidos en el Sistema Uniforme de Señalamiento. Este régimen se encuentra previsto en el Anexo L del Decreto N° 779/95, el cual dedica un capítulo particular al señalamiento transitorio empleado para indicar la ejecución de trabajos de construcción y mantenimiento en la vía, "...siendo su función principal lograr el desplazamiento de vehículos y personas de manera segura y cómoda, evitando riesgos de accidentes y demoras innecesarias." (cfr. art. 37, ap. b)), previéndose su ubicación "...De tal forma que el conductor tenga suficiente tiempo para captar el mensaje, reaccionar y acatarlo..." (cfr. art. 37, ap. c)).-

Si bien en sede penal el codemandado manifestó que no había levantado los conos que estaban atrás de su camioneta (cfr. fs. 83 vta./84 de los autos penales), lo cierto es que únicamente se acreditó la existencia de un único cono tirado sobre la ruta, conforme lo relata el testigo López en sede penal (cfr. fs. 46/49), lo que aparece a todas luces como insuficiente en el contexto fáctico reseñado.-

Si tenemos en cuenta que la previsibilidad es la posibilidad genérica de que un hombre medio, en ese lugar y en ese momento, puede representarse con antelación lo que puede ocurrir a partir de hechos y circunstancias que le son conocidos, puede concluirse sin hesitación que en el caso sub examine existió para el señor Bordón la posibilidad subjetiva de abarcar cognoscitivamente la situación de peligro que se originaba en la detención de la camioneta que conducía sobre la ruta y, consiguientemente, de prever el resultado conforme a ese conocimiento.-

V.4.- Amén de lo expuesto hasta aquí, el eje medular del estudio debe centralizarse en la conducta de la víctima, a efectos de verificar si en el sub judice se configuró -al menos parcialmente- la eximente prevista en el artículo 1113 del Código Civil (Ley 340 y modif.).-

Esta faena debe realizarse ponderando especialmente el principio de confianza en materia vial y recordando que este Alto Cuerpo tiene resuelto que "...la invocación del eximente referenciado, debe ser probado fehacientemente por quien lo invoca..." (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 543, Folio 3061/3069).-

El Código Civil en su artículo 901 sienta el principio de normalidad. Lo que sucede según el curso normal y ordinario de las cosas es lo que marca a los sujetos la pauta de lo que va a pasar.-

Se ha expresado que: "El hombre en sociedad actúa movido por el principio de normalidad, confía en que las personas actuarán normalmente y cumplirán la ley. Dicha confianza lo lleva a adecuar su actuar a los actos de los otros, según el principio de normalidad; esa confianza debe ser protegida. Lo propio ocurre en el tránsito: la confianza del automovilista que actúa según el principio de normalidad debe ser protegida. Nadie debería, en consecuencia, ser imputado de negligente o imprevisor por actuar bajo la convicción de que quienes lo rodean, en cualquier actividad que sea, actuarán normalmente, cumpliendo al menos las reglas mínimas establecidas. El principio de confianza en el tránsito podría formularse llanamente diciendo que dado que el tránsito es un acto eminentemente reglado y que la ley vial se presume conocida y debe ser respetada, es legítimo suponer que cada sujeto del tránsito actuará según las reglas y de modo normal y previsible, ajustando en consecuencia el comportamiento propio a esa presunción o confianza. El principio de buena fe se aplica también al tránsito. Cada sujeto del tránsito cree, confía, que los otros protagonistas que interactúan con él se desplazan con prudencia, atención,

diligencia e idoneidad y cumplirán las obligaciones y restricciones que les imponen las leyes y reglamentaciones del tránsito…" (cfr. Marcelo J. López Mesa, "Responsabilidad civil por accidente de automotores", Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 267 y 268).-

Cierto es que el conductor debe prevenir en cuanto sea posible el defectuoso comportamiento de los demás usuarios para evitar daños; pero tampoco le es exigible una previsibilidad absoluta, perfecta, que le permita intuir aún las graves negligencias ajenas, si no son ellas de toda evidencia (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, "M., M, E. c/ Municipio de Rawson s/ Daños y Perjuicios").-

V.5.- En el caso bajo estudio, la víctima del luctuoso siniestro conducía su camioneta en una ruta provincial a una velocidad de 111 km/h (cfr. pericia de fs. 54/58 vta. de las actuaciones penales), es decir, a un ritmo ajustado a lo preceptuado por el artículo 51, apartado b, punto 1° de la Ley 24.449, que habilita la circulación de camionetas en zonas rurales hasta el límite de 110 km/h. Conviene puntualizar que el exceso de 1 km/h al que se trasladaba el vehículo del señor Bianchi resulta intrascendente para la resolución de la controversia, amén de que esa minúscula diferencia es imperceptible para cualquier hombre medio. Además, teniendo en cuenta las circunstancias ambientales de las que dan cuenta los testigos, que relatan que el accidente ocurrió a la tarde, durante un día soleado y con buenas condiciones de visibilidad (cfr. testimoniales de fs. 31 y vta., 34 y vta. y 79/80), la velocidad era acorde a los parámetros detallados por el artículo 50.-

En este contexto, la presencia de un vehículo detenido sobre la calzada aparece como un verdadero obstáculo sorpresivo para la marcha de la camioneta en la que circulaba la víctima y entraña una magnitud inconmensurable, a punto tal que la testigo Aravales afirmó que "…la camioneta estaba parada, frenada, fue como que nos enfrentáramos a una pared…fue como si nos encontraramos como con una pared enfrente (sic)" (cfr. foja 64 del expediente penal).-

La presencia de un único cono tirado sobre la ruta no reduce lo imprevisto de la circunstancia suscitada ni tampoco puede considerarse un llamado de atención -como sostiene en su voto el Dr. Monelos- de la magnitud que exigía el caso. En modo alguno, ese señalamiento precario resultaba idóneo para cumplir la finalidad encomendada por el ordenamiento legal, es decir, lograr el desplazamiento de los vehículos de manera segura, evitar riesgos de accidentes y permitir que los conductores tengan el tiempo necesario para captar el mensaje, reaccionar y acatarlo.-

El conductor que se aproxima al obstáculo debe estar en condiciones de identificarlo como tal con la antelación suficiente para detener su marcha o

eventualmente eludirlo; para lo cual no puede considerar suficientemente eficaz un mero cono derribado sobre la calzada.-

Otro argumento empleado por el tribunal a quo para dar sustento a su decisión fue la imposibilidad endilgada al señor Bianchi en dominar su camioneta, habiendo tenido una recta previa de seiscientos cincuenta metros, lo cual le debió haber permitido divisar el otro vehículo parado y detener el suyo sin chocar o, en su caso, con menores consecuencias.-

Conviene precisar que el señor Bianchi no sólo se encontró con una camioneta detenida sobre la cinta asfáltica de la ruta -lo que de por sí ya resulta un obstáculo sorpresivo-, sino que se topó con un peatón indebidamente detenido sobre la calzada: el señor Bordón, quien estaba dispuesto a abordar nuevamente su vehículo, luego de finalizar la tarea a su cargo (cfr. fs. 83/84 vta. de las actuaciones penales).-

Este intrincado escenario debe conjugarse con el intervalo de tiempo con el que contó la víctima para reaccionar y dominar el vehículo en el que circulaba.-

Al examinar esta parcela de la controversia, el propio Dr. Olivera puntualizó en su voto que el señor Bianchi, luego de transponer una curva, tuvo un lapso de 21,1 segundos para recorrer la distancia existente hasta donde se encontraba detenida la camioneta y que en ese período de tiempo Bianchi tuvo que determinar que en realidad aquella no circulaba y tomar la decisión de realizar una maniobra evasiva (cfr. foja 1746 y vta.).-

Ante ese complejo panorama, la experticia da cuenta de que la víctima advirtió aproximadamente sesenta y ocho metros antes que el rodado mayor se encontraba detenido, decidiendo aplicar los frenos con la intención de detenerse o disminuir la velocidad de su vehículo. Igualmente detalla que la velocidad de impacto fue de 84 km/h. (cfr. fs. 54/58 vta. del expediente penal).-

Esta maniobra se complicó aún más ante la brea y la arenilla que cubría la calzada, lo que provocara que la camioneta de la víctima girara su trayectoria hacia la derecha (cfr. experticia citada). Esta condición también es confirmada por la declaración del señor Kraguic, quien relató que el pavimento se había estado reparando con un sellado de fisura -el que se elabora con derivados del petróleo- y al cual ulteriormente se le coloca arena (cfr. foja 31 y vta. del expediente penal), lo que coincide con lo manifestado por el testigo Uribe (cfr. foja 34 y vta de las mismas actuaciones).-

La reseña precedente evidencia que la víctima procuró evitar la colisión reduciendo la velocidad de la camioneta que conducía en un contexto

signado por un obstáculo sorpresivo, un acotado lapso de tiempo para reaccionar y una calzada cubierta de brea y arena, lo que dificultó aún más la maniobra intentada.-

Incluso es dable sostener que la actuación del señor Bianchi logró aminorar los fatales efectos del siniestro, en tanto el testigo Bilbao depuso que "...si no hubiera maniobrado hubiera impactado con todo el frente y habríamos quedado abajo de la camioneta, con la maniobra lo único que impactó fue el costado de él..." (cfr. fs. 42/44 de los autos penales).-

Por ello, considero que asignarle una cuota de causalidad en la generación del hecho dañoso so pretexto de que no logró dominar su vehículo constituye una desviación de las probanzas generadas en el proceso, máxime teniendo en cuenta que las exigencias del dominio absoluto de un automotor no pueden sobrepasar la diligencia normal y corriente exigida por el artículo 902 del Código Civil. Es que esta diligencia no puede traducirse en la pretensión de que el conductor sortee cualquier obstáculo que se le presente y más aún, si éste es imprevisto o imposible de eludir.-

En este sentido, se ha dicho que si alguien sorpresivamente, se coloca donde no debe estar en forma imprudente, sin dar tiempo a que la acción de los frenos o, en su caso, la maniobra de esquive, impidan la colisión, el hecho no es imputable al conductor, si de su parte no medió falta de cuidado vinculado con aquella..." (cfr. CNCiv, Sala B, "Fernández, José R. c/ Fioretín, Víctor A.", www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/5733/2005).-

Por otra parte, el Dr. Monelos argumentó que la víctima habría tenido unos instantes de distracción o adormecimiento.-

Empero, ésta afirmación no encuentra debido sustento en las probanzas de la litis. Por el contrario, el testigo López sostuvo en sede penal que unos instantes antes del accidente la víctima habría sobrepasado el colectivo que él manejaba y que en ese encuentro el señor Bianchi le hizo señales de luces, le tocó bocina y lo saludó, dado que se conocían y se tenían respeto mutuo. A raíz de estas demostraciones, el deponente expresó que el señor Bianchi en ningún momento pudo haberse quedado dormido ni algo que se le asimile (cfr. fs. 46/48 del expediente penal), lo que coincide con lo dicho por el testimonio de Bilbao, en cuanto manifestó que "...Alberto [Bianchi] venía muy despierto, no lo noté cansado o con sueño en ningún momento..." (cfr. foja 42 vta. de las actuaciones penales).-

El mencionado magistrado también sostuvo que la víctima no estaba en condiciones legales de manejar (cfr. foja 1728), puesto que se encontraba en condiciones disminuidas por su porcentaje de alcohol en sangre que excedía en el momento del choque el límite permitido (cfr. foja 1731 vta.). Para arribar a esta conclusión el juez realiza una serie de consideraciones en torno a la prueba pericial

médica y transcribe bibliografía propia de la medicina legal en la se explica la absorción por vía digestiva del alcohol en sangre y se reseñan fórmulas para llevar a cabo este cálculo.-

En nuestro ámbito provincial se encuentra prohibida la conducción de cualquier tipo y especie de vehículo o medio de transporte, con una graduación de alcohol superior a cero (0) gramos por mil (1000) centímetros cúbicos de sangre (art. 1 de la Ley provincial 3484). No obstante, este mandato legal comenzó a regir a los noventa días de su promulgación y posterior publicación en el Boletín Oficial (art. 4), lo que acaeció el 15 de septiembre de 2016.-

Por lo tanto, esta proscripción absoluta no resulta de aplicación al sub lite, en tanto el evento dañoso ocurrió el día 11 de diciembre de 2004. Es decir que para esa fecha resultaba de aplicación lo dispuesto por el artículo 48, inciso b de la Ley 24.449 (conforme la adhesión provincial antes detallada), cuyo texto prohíbe conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro de sangre.-

El informe de alcoholemia (obrante a foja 75 del expediente penal) arrojó un resultado de 0,38grs/litro. Por su parte, la prueba pericial médica de fs. 1402/1406 alude a la imposibilidad de realizar una alcoholemia retrospectiva.-

Consiguientemente, el juicio emitido por el Dr. Monelos no se encuentra debidamente apontocado en las probanzas del proceso. Tampoco pueden los magistrados hacer valer en una sentencia conocimientos técnicos o científicos extrajurídicos propios, puesto que no han sido incorporados regularmente al proceso ni objeto de control por las partes legitimadas. Pretender descalificar las comprobaciones de un perito sobre la base de opiniones conjeturales implicaría lisa y llanamente hacer prevalecer la opinión vulgar sobre el conocimiento científico y sus reglas.-

El fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos. Por ello, la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 455 del CPC y C). Fuera de estas pautas no puede admitirse una refutación hábil y admisible de la episteme.-

Los jueces no pueden echar mano de aquellos conocimientos que han adquirido privadamente en alguna rama y que tuviesen relación con un caso

que tienen a resolución, desplazando así las probanzas de la causa en aras de su saber privado.-

Con agudeza, Stein señala que solo es saber oficial el adquirido en ejercicio de la actividad oficial del juez, es decir, el obtenido por las pruebas obtenidas en el proceso. Siguiendo a Schmidt, el jurista alemán sostiene que el juez no debe emplear sus percepciones extrajudiciales sobre hechos controvertidos para excluir la prueba (cfr. Friedrich Stein, "El conocimiento privado del juez", trad. de Andrés de la Oliva Santos, Ed. Temis, 2016, págs. 2 y 83).-

En suma, resulta inadmisible recurrir a bibliografía médica para apartarse de la pericia médica practicada en la causa, puesto que el juez es profano en medicina y no puede analizar sino jurídica y lógicamente las constataciones periciales.-

Tampoco resulta de aplicación la presunción de culpa del embestidor, como sostienen los jueces que conformaron el voto mayoritario bajo estudio. Ello, en virtud de que el estacionamiento en la ruta implica crear el riesgo del accidente y la afirmación de orden general que presume la culpabilidad del conductor que embiste al otro rodado con el suyo, no rige en las carreteras o rutas en las cuales hay una precisa obligación de los conductores de no detener el vehículo sobre el camino, sino junto a él; quien se detiene en la franja del camino pavimentado y no demuestra que su detención se debió a fuerza mayor que impidió fuera removido de la vía pública es responsable del accidente producido a causa de la situación del vehículo en la ruta. Es así que la responsabilidad del conductor del vehículo detenido en la ruta -capa asfáltica- es, o bien absoluta o bien considerablemente mayor que la del vehículo que lo embiste por detrás, porque si bien la velocidad de éste puede incidir en la mayor o menor fuerza del impacto y por lo tanto de sus consecuencias, no traduce la causa adecuada del accidente, pues esto obedece sólo a la existencia del obstáculo imprevisible (cfr. CCiv. Com. y Contenciosoadministrativo de San Francisco, "Gutiérrez, Rafael R. c/ Lupi, Alberto J. y otro", voto del Dr. Venica, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online AR/JUR/210/1996).-

VI.- En mérito a las consideraciones hasta aquí vertidas, considero que la causalidad del evento dañoso debe ser asignada exclusivamente al codemandado Bordón, quien introdujo un factor sorpresa en el tráfico, haciendo que la víctima se vea sorprendida, al encontrarse con una perturbación del tráfico anormal, que debe juzgarse la causa excluyente del siniestro y que por su imprevisibilidad absorbe cualquier otra concausa o condición.-

En definitiva, debe concluirse que el señor Bianchi circulaba guiado por la confianza de que no se encontraría con un vehículo detenido sobre la cinta asfáltica de la ruta, en tanto no era una alternativa admisible en el tránsito

esperable, por lo que no puede responsabilizado -ni siquiera parcialmente- por no haber previsto una grave negligencia ajena, lindante con el dolo eventual ni por no haber reaccionado en una fracción de segundos, como si fuera un avezado profesional del volante.-

VII.- La parte actora también se agravia respecto a la imposición de costas en el orden causado dispuesta por la Cámara para las instancias de grado (cfr. foja 1768 vta.), lo que amerita un análisis explícito.-

La porción del recurso que se examina no puede prosperar.-

Reiteradamente este Alto Cuerpo ha sostenido sobre la materia bajo estudio que se encuentra detraída al conocimiento en casación por constituir una típica cuestión de hecho y de derecho procesal que escapa al control de esta instancia; constituyendo un principio general la irrevisabilidad sobre la base de que aquella imposición es facultad privativa de los jueces de grado, siendo el tema ajeno a la instancia extraordinaria, salvo cuando las costas se impusieran a quien no resultare vencido, o que exista inequidad en los criterios de distribución (cfr. Interlocutorio, Tomo XXVIII, Reg. 3320, Folio 5534/5537, entre otros).-

En consecuencia, mientras no se observe que se ha producido alguno de los supuestos ut supra señalados, el tema de la imposición de las costas, no es tratable en casación, ya que la imposición de las mismas, como así también su eximición total o parcial, son cuestiones privativas de los jueces de la instancia ordinaria y exenta de revisión en casación (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XVII, Reg. 583, Folio 3332/3338).-

Para sustentar su cuestionamiento, la parte actora se limita exclusivamente a indicar que "...conforma a las consideraciones que preceden corresponde igualmente se case la sentencia en materia de costas imponiéndose in totum a las demandadas en todas las instancias (sic)." (cfr. foja cit).-

Esta impugnación aparece como manifiestamente insuficiente para rebatir los argumentos brindados por el acto sentencial bajo estudio, puesto que no enuncia -ni siquiera mínimamente- los errores en que habrían incurrido los jueces de la Alzada sobre este punto ni tampoco cita los preceptos legales presuntamente violados o erróneamente aplicados.-

Entonces, ante la carencia de los argumentos jurídicos que patenticen el yerro denunciado el embate ensayado representa un mero desacuerdo con los fundamentos brindados por la Cámara y, por lo tanto, inidóneo para demostrar algunos de los supuestos excepcionales que ameriten la intervención extraordinaria de este Tribunal.-

VIII.- En cuanto a las costas procesales de esta instancia, comparto el pronunciamiento de mis distinguidos colegas preopinantes, aunque por los siguientes fundamentos.-

En atención al vencimiento parcial y mutuo operado en esta instancia extraordinaria, considero razonable distribuir prudencialmente las costas generadas en esta instancia extraordinaria (cfr. art. 71 del CPC y C). Teniendo en cuenta el progreso parcial de cada uno de los recursos y las peculiaridades del caso, entiendo que las costas deberán ser soportadas en un veinte por ciento (20%) por la actora y en un ochenta por ciento (80%) por los demandados y la citada en garantía, en razón de que éstos últimos resultaron en mayor medida vencidos.-

IX.- Por lo demás, en las restantes cuestiones que no han sido objeto de tratamiento específico, coincido plenamente con el voto de mis colegas preopinantes.-

Es por todo lo expuesto que a esta Primera Cuestión **voto** por la **positiva parcial.-**

A LA **SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Mercau dijo:

Atento la forma en que he votado propongo al Tribunal Superior de Justicia: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, en el punto 3° de la parte resolutiva, sólo en cuanto al porcentaje de imputación de responsabilidad del Sr. Bordón. Componer positivamente la *litis* y condenar solidariamente a los demandados y citada en garantía, en la medida de su cobertura, al pago del ochenta por ciento (80%) de los daños fijados en la sentencia recurrida. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M (codemandada), Transporte La Costa S.R.L. (codemandada), y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. (citada en garantía) y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, en lo tocante al deducción de lo abonado por CNA ART S.A. por el rubro "muerte". Componer positivamente la litis y descontar a lo que deben abonar las condenadas la suma de doscientos treinta mil pesos ($230.000) percibida por los actores como rubro "muerte" de CNA ART. S.A., confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de agravios. Imponer las costas de todas las instancia conforme a la responsabilidad asignada a cada uno de los responsables del siniestro, esto es, veinte por ciento (20%) a la actora; y ochenta por ciento (80%) a las demandadas y citada en garantía (cfr. art. 71 del CPC y C) y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes hasta tanto se denuncien los

datos tributarios vigentes y se regulen los de las anteriores instancias, teniendo por formulada la reserva del caso federal.-

Los Dres. **Daniel Mauricio Mariani, Enrique Osvaldo Peretti y la Sra. Presidente, Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos,** a la segunda cuestión, por los mismos fundamentos **adhieren** al pronunciamiento propuesto por la Dra. Alicia de los Ángeles Mercau.-

A LA **SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Fernández dijo:

Atento a la forma en que he votado y, oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo a fs. 1889/1893 vta., propongo el dictado de la siguiente sentencia: 1°) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por la parte actora (fs. 1764/1769), por los demandados Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. (fs. 1771/1785), Transporte La Costa S.R.L. (fs. 1787/1801) y por la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. (fs. 1803/1817) y, en consecuencia, casar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1703/1749, revocando parcialmente el punto 3° de su parte resolutiva; 2°) Componer positivamente la litis y en consecuencia condenar a los demandados y a las citadas en garantía -en la medida de su cobertura- al pago total de los daños fijados en la sentencia recurrida, debiéndose descontar la suma de pesos doscientos treinta mil ($230.000), percibida por los actores como rubro "muerte" de CNA ART S.A.; 3°) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de agravios; 4°) Imponer las costas de esta instancia en un veinte por ciento (20%) a cargo de la parte actora y en ochenta por ciento (80%) a la parte demandada y citada en garantía; 5°) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las instancias anteriores; 6°) Tener presente las reservas de caso federal formuladas; 7°) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.

En virtud de lo cual se dicta la siguiente sentencia:

Río Gallegos, 5 de noviembre de 2018.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, el voto mayoritario y concordante de las Sres. Vocales, Dr. Daniel Mauricio Mariani, Dr. Enrique Osvaldo Peretti, Dra. Alicia de los Angeles Mercau y de la Sra. Presidente, Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos y el voto en disidencia de la Sra. Vocal Dra. Reneé Guadalupe Fernández y oído que fueran el Sr. Agente Fiscal y el Sr. Defensor General, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 1764/1769, y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1703/1749, en el punto 3° de la parte resolutiva, estableciendo la responsabilidad concurrente en la provocación del accidente, la que deberá atribuirse un 20% a Bianchi y un 80% a Bordón.-

2°) Componer positivamente la *litis* y condenar solidariamente a los demandados y citadas en garantía, en la medida de su cobertura, al pago del ochenta por ciento (80%) de los daños fijados en la sentencia recurrida.-

3º) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por Contreras Hnos. S.A.I.C.I.F.A. G Y M (codemandada), a fs. 1771/1785, Transporte La Costa S.R.L. (codemandada), a fs. 1787/1801, y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. (citada en garantía), a fs. 1803/1817, y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1703/1749, en lo tocante al deducción de lo abonado por CNA ART S.A. por el rubro "muerte".-

4°) Componer positivamente la litis y descontar a lo que deben abonar las condenadas la suma de doscientos treinta mil pesos ($230.000) percibida por los actores como rubro "muerte" de CNA ART. S.A..-

5°) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de agravios.-

6°) Imponer las costas de todas las instancia conforme a la responsabilidad asignada a cada uno de los responsables del siniestro, esto es, veinte por ciento (20%) a la actora; y ochenta por ciento (80%) a las demandadas y citada en garantía (cfr. art. 71 del CPC y C).-

7º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes hasta tanto se denuncien los datos tributarios vigentes y se regulen los de las anteriores instancias.-

8°) Ténganse por formuladas las reservas del caso federal.-

9º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

Siguen...///

///…las firmas.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia