NEUQUEN, 28 de Febrero del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SEPULVEDA FRANCO SAUL C/ ORTIZ LUIS ESTEBAN Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI4 EXP 505148/2014)** y su acumulado **"VIDELA ANTONELLA MARIEL C/ ORTIZ LUIS ESTEBAN Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)"** (**JNQCI4 EXP 505463/14)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- Los actores apelan la sentencia de grado que rechaza la demanda de daños y perjuicios deducida.

En cuanto a la prueba testimonial, plantean que la testigo Pérez Bonetti es contradictoria y que la de Bejarano, Valenzuela y Videla son contundentes y coincidentes, a lo que se suma las deducciones realizadas por el perito accidentológico.

Indican que resulta plenamente operativo el art. 1113 Cód. Civil, y que para que la culpa de la víctima opere como eximente de responsabilidad, no basta con su mera alegación, sino que debe ser acreditada en forma concluyente y categórica por quien la invoca. Y que innumerables precedentes jurisprudenciales recogen esta línea argumental.

Cuestionan que pese a ello la jueza resuelva responsabilizar a la víctima, realizando inferencias sin saber si realmente en ese momento había mucho tránsito o si algún semáforo anterior había detenido el tránsito, y sin considerar los dichos del perito.

Los agravia que la jueza presuma que existe culpabilidad del embistente, lo cual prácticamente no tenga vigencia actual en la jurisprudencia.

También apelan los honorarios regulados por altos y bajos.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta y solicita el rechazo del recurso.

Por último, el demandado y la citada en garantía, apelan los honorarios regulados al perito accidentológico por altos.

2.- Resumidos de este modo los agravios traídos a resolución, debo anticipar que el recurso no resulta procedente.

Cierto es que en los accidentes de tránsito, y por aplicación del art. 1113 Código Civil, dispositivo aplicable en el caso, que establece una responsabilidad de tipo objetivo, la eximente referida a la culpa de la víctima, debe estar claramente acreditada y no dejar margen de dudas.

Esto implica que si existiese alguna duda sobre la mecánica del accidente, o la responsabilidad de los protagonistas, esa duda favorece a la víctima del hecho.

Hemos dicho: “..aún la causa ignorada o desconocida, en punto a la mecánica del hecho, no es un eximente de responsabilidad; al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido. De ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente” (“POBLETE”, JNQCI1 500906/13).

También es cierto, que el razonamiento que realiza la magistrada al final del decisorio, presumiendo la culpa del embistente, no puede ser confirmado, desde que no da ninguna razón para afirmar que “ante la falta de prueba de quién violó la luz de paso, no corresponde hacer renacer la prioridad de paso por la derecha, y tampoco de la ruta, sino que la responsabilidad se determinará por el embistente”. Esta afirmación supone invertir la carga de la prueba, y desnaturalizar el sistema de imputación de riesgo que rige en el caso. Y así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal al señalar:

“...resulta desacertado colocar en cabeza de la víctima la carga de probar la culpa o negligencia del dueño o guardián de la cosa riesgosa, por inversión del onus probandi producto de una presunción de culpa elaborada a partir de la condición de 'embistente' que se atribuye a la damnificada, si tal proceder implica neutralizar en ese supuesto el sistema de imputación por riesgo elegido para resolver el caso, conforme el cual, quien acciona en función del Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del C.Civil solo debe probar el daño, la relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter del dueño o guardián del demandado” (Ac. 19/16, “VÁZQUEZ”).

Como reiteradamente lo hemos señalado, lo relevante no es la calidad de embistente mecánico, sino la de embistente jurídico: “…“Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedito el cruce de la bocacalle…la argumentación basada en el resultado que arrojara la prueba de pericia de ingeniero mecánico, en punto a que el actor reviste la calidad de agente activo de la colisión y el demandado la calidad de sujeto pasivo, pierde totalmente entidad pues la parte actora no reviste la condición de embestidora jurídica. El hecho de resultar el actor embestidor mecánico, no siempre

fluye que se derive para él una consecuencia desfavorable, desde que para que ello ocurra es menester que coincida el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no es materia específica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor …lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, van contra lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede (y así es en el presente caso) que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresiva e indebidamente en su camino" (cfr. PS-2008-T°II-F°393/398)…." (cfr. esta Sala I, "MABELLINI PEDRO CONTRA BOSSERO SERGIO Y OTROS S/DAÑOS YPERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE" EXP Nº 370142/8).

3.- No obstante lo anterior, entiendo que en el caso ha quedado acreditada la culpa de la víctima.

Para arribar a esa conclusión, encuentro central el testimonio de Pérez Bonetti, cuya declaración resulta, a mi juicio, clara y precisa en punto a las circunstancias del accidente. De todos los testimonios, es el único que brinda más detalles sobre la mecánica del accidente. Esta testigo, que dijo vivir en la misma calle por la que circulaba la camioneta, se encontraba en un lugar estratégico, puesto que también estaba conduciendo un automóvil, y mirando el semáforo para cruzar la Ruta 22. La testigo dijo que la camioneta avanzó una vez que la luz se puso verde y que ella iba detrás del demandado. No encuentro contradicciones en su declaración,

ni estimo que el hecho de que no aparezca mencionada en el acta policial como testigo ocular (al igual que los testigos ofrecidos por la parte actora), quite mérito a su relato.

Coincido que no es posible considerar el testimonio de Antonella Videla, atento su carácter de co-actora, y producto de la acumulación de causas. Además, los recurrentes no rebaten concretamente la decisión de marginar esta deposición.

Los testigos Valenzuela y Bejarano, no eran conductores, sino peatones, y ambos dijeron que estaban esperando el semáforo para cruzar la ruta y que no podían hacerlo porque el semáforo no los habilitaba. Es decir, a partir de que ellos se encontraban esperando para cruzar, deducen que el semáforo habilitaba a la moto que circulaba por Ruta 22. Pero a mi juicio, no son contundentes al respecto, como lo fue la testigo Pérez Bonetti, que es la única testigo que intentaba trasponer la ruta como conductora y que por tanto, esa condición, le imponía procurar una atención distinta a las circunstancias del tránsito en ese momento y, en especial, al semáforo que habilitaba el paso al conductor de la camioneta.

Sobre la valoración de la prueba testimonial, esta Alzada ha dicho: "…el testigo puede brindar en su declaración no sólo hechos que conoció por sus sentidos, sino también aquellos que conociera por dichos de terceros o que directamente no conoció, puede aportar opiniones y hasta suposiciones, esto hace a la existencia del testimonio."

"Sin embargo, distinta es la cuestión cuando lo que se evalúa no es ya la existencia del testimonio, sino su eficacia, y su utilidad para el proceso, aspecto en el cual aquellas cuestiones sí comienzan a tener relevancia."

"Señala al respecto Devis Echandía: "…el testigo debe limitarse a exponer hechos, **pero inevitablemente emite opiniones sobre ciertas calidades del objeto o sobre las condiciones en que se encontraba una persona (como su ebriedad o la ira manifiesta) o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre lo que dedujo de los observados o percibidos, es decir, opiniones que complementan la narración de sus observaciones.** Pero si el juez le permite exponer simples suposiciones o dar conceptos que sólo corresponde a los peritos, su declaración no deja por esto de ser un testimonio, a pesar de que en esa parte carecerá de valor probatorio." (Devis Echandia, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1974, t. II, pp. 29).

Además, ninguno de los dos testigos peatones explicaron en qué esquina o sector se encontraban parados concretamente, de modo que no puede descartarse que los transeúntes y conductores que intentaran cruzar la Ruta 22 en la encrucijada con calle Bachmann tuvieran diferente habilitación lumínica dependiendo del sector en que se hallasen (nótese por ejemplo, que si estaban en la vereda oeste de calle Bachmann, había un tiempo extra que les impedía cruzar, cuando el semáforo habilitaba a quienes circulaban por calle Buenos Aires sur para girar a la izquierda). Ni el perito accidentológico, ni el acta policial, refieren a los peatones.

La testigo Valenzuela dijo "estaba esperando que me diera verde para cruzar… en ese momento siento el impacto", de lo cual se desprende que no vio el avance de la camioneta ni del auto de la testigo Pérez Bonetti, como tampoco de la moto, sino que miró cuando se produjo el choque.

Además afirmó que “los que iban por la ruta se los veía rápido”. Esto coincide con lo informado por el perito accidentológico en orden a que la densidad del tráfico siendo un día lunes a las 18 hs. era importante (hoja 219, expte 505463/14).

Por su parte, Bejarano dijo que “la camioneta recién salía del semáforo”, es decir, coincide con Pérez Bonetti en que la camioneta no venía andando y cruza la ruta, sino que estaba detenida y emprende la marcha para atravesarla, cuando la señal lumínica lo habilita.

Y aquí coincido con el razonamiento plasmado en la sentencia en punto a que, si el tráfico era intenso, y quienes se desplazaban por la ruta iban rápido –como dice la testigo Valenzuela- es muy poco probable que la camioneta haya podido atravesar la calle Buenos Aires sur, el carril sur de la ruta 22 y parte del carril norte, sin colisionar antes con otro automóvil.

Luego, el perito accidentológico afirmó que se desconoce quien cruzó el semáforo en verde y aclaró que “el avance de uno de los vehículos no debería producirse seguidamente al otro, habiendo un tiempo de habilitación a otra mano previamente, por lo cual, uno de ellos claramente avanza en rojo” (hoja 196vta.).

La presunción que realiza luego, al responder explicaciones en la causa “Videla” (está en la hoja 196 y vta.), no tiene ningún valor, desde que se trata de una mera suposición que, a mi criterio, no se sustenta en fundamentos suficientes, ni claros.

Nótese, al respecto, que el perito primero dijo que los rodados protagonistas no podían avanzar uno seguido del otro porque existe “un tiempo de habilitación a otra mano

previamente” y al ampliar su informe dice que “habría dos tiempos antes de que pudiera avanzar la camioneta desde el sur”. Es decir, primero dice uno y luego dos. Pero además, uno de esos dos tiempos sería cuando el semáforo permite el avance de los vehículos “que provienen de la arteria Bachmann desde el norte”, lo cual no se condice con el croquis policial que marca que el único sentido de circulación de la calle Bachmann es sur-norte (véase hoja 215/216), ni con la secuencia que informa el personal policial en el acta de intervención agregado en el legajo penal que tengo a la vista (ver hoja 3 vta).

En ese contexto, y dado que ninguno de los tres testimonios, a mi entender, puede reputase insincero o carente de valor probatorio, sino que es posible compatibilizarlos, dando no obstante mayor entidad al que a mi juicio se encontraba -por el lugar específico en que se hallaba posicionado- en mejores condiciones de ver la señal lumínica que habilitaba a uno de los protagonistas del hecho, es que juzgo probado, que la camioneta tenía habilitado el paso con luz verde y, por consecuencia, la moto traspasó la arteria con luz roja.

Aquí creo importante resaltar, que los testigos no se cuentan, sino que se pesan, y es tarea del juez apreciar sus dichos conforme a la sana crítica racional.

Por las razones expuestas, entiendo que el recurso de apelación deducido por los actores no resulta procedente, y propicio su rechazo, con costas.

En lo que hace a la apelación arancelaria de hojas 334 y 298 respectivamente, habiéndose deducido ambos recursos únicamente en representación de la actora, no se observa agravio para apelar los honorarios de los letrados por bajos.

Luego, la apelación, por altos, tampoco resulta procedente, toda vez que realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores efectuadas por los profesionales y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones establecidas porcentualmente se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que, no advirtiéndose que resulten elevadas, corresponde su confirmación.

Respecto a los honorarios de los peritos, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los mismos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

En este caso, considerando la apelación deducida por la demandada y citada, con respecto a los honorarios del perito accidentológico, estimo que dado que las pericias presentadas en ambos pleitos son idénticas, y que las conclusiones del experto no fueron consideradas en la sentencia, conforme las consideraciones efectuadas en el desarrollo de este pronunciamiento, corresponde reducir los honorarios del perito ..., al 2,5% de la base en cada expediente. **ASI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por los actores y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a los apelantes vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

3. Reducir los honorarios del perito ..., al 2,5% de la base y rechazar el resto de los recursos arancelarios.

4. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA