------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de septiembre del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"L., M. A. c/ S. R. D. s/ Daños y Perjuicios"*** (Expte. N° 79/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 248 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRUCHTENICHT –FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 216/220 y vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------**A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo**:----------

------1. Llegan los presentes autos a esta alzada, en virtud de los recursos de apelación intentados: a fs. 226 por el letrado de la parte actora Dr. R. A. V. y por si por estimar bajos lo honorarios regulados en su favor; a fs. 228 por el demandado, y a fs. 229 por el letrado del demandado, Dr. R. M. M. por sí contra la regulación de honorarios en su favor, estimando que se alza por considerarlos bajos, todos contra la sentencia definitiva de fs. 216/220 y vta. que dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda, impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios de los profesionales que participaron en el presente proceso.----------

------Si bien a fs. 226 el propio actor impetró recurso de apelación contra la misma sentencia, conforme constancia de la Actuaria de este Cuerpo que se agrega a fs. 242, aquél no expresó sus agravios, atento lo cual y por imperio de la cláusula que se aloja en el art. 269 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico provincial (en adelante CPCC), adelanto que su recurso será declarado desierto.----------

------A fs. 236/240 se agregan los agravios expresados por el demandado apelante, y conforme al traslado conferido (v. prov. de fs. 241 y constancia de fs. 244) no merecieron la réplica de la parte contraria.----------

------2. En ocasión de manifestar sus quejas el demandado apelante, en lo sustancial se agravia en orden a dos cuestiones. Así, su primer agravio (v. fs. 236 pto. II.- a) deriva de lo resuelto por el judicante en orden al reparto paritario de culpas dispuesto por el a quo a consecuencia de estimar la existencia de culpas concurrentes. Desarrolla extensamente su queja (a la que me remito en homenaje a la brevedad procesal) con cita de abundante doctrina y un pormenorizado análisis de la pericial accidentológica realizada en autos. Su segunda ofensa (v. fs.238 últ. párr. y vta.) sobreviene por la imposición de la totalidad de las costas en su contra.----------

------3. Dispuesto al tratamiento de los agravios deducidos, advierto que aquéllos serán tratados en el orden en que han sido propuestos.----------

------4. Así, y en orden al primero de ellos, debo advertir que este Cuerpo, en su actual integración, viene sosteniendo que siendo los automotores “cosas de riesgo”, en relación a ellos y hallándose en movimiento, se produce a su respecto la presunción que se aloja en la 2da. parte del 2do. párr. del art. 1113 (entre otros, “**C.**”, Expte. Nro.189/06 CANO). Y ello así, pues –a mi juicio - la responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores, no debe encuadrarse en la órbita del artículo 1109 del Código Civil (cfr. Cám. Nac. Civ. en pleno, sent. del 10.11.94 *in re* “*Valdéz, Estanislao Francisco c/ El Puente S.A.T. y ot*.”; ED 161-402; LL 1995-A-136 y JA 1995-I-280) y partiendo de esta premisa alojada en la ley, la eximición de responsabilidad debe sobrevenir por la prueba de la culpa de la otra parte en la colisión en virtud de la inversión de la carga probatoria. Y tengo para mi que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo (en nuestro caso el propio art. 1113 antes citado) se somete al riesgo de no formar la convicción del juez y se expone a la perspectiva de una sentencia desfavorable (v. mi voto en “***S. c/ P. s/ Laboral*** “, Expte. Nro. 95/09 CANO). Sucede que nuestra ley ha dejado librado a los jueces la determinación de cuando una actividad o cosa es peligrosa y partiendo de tal regla podemos concluir que el razonamiento expuesto por el judicante en su sentencia hoy puesta en crisis, aparece –a mi juicio- apropiado, a la luz del resultado de la pericial accidentológica que se agrega a fs. 126/134, no compartiendo el suscripto la distribución paritaria contenida en aquella sentencia apelada. Pues existieron vencimientos parciales y defensas parciales exitosas.----------

------Acerca del valor probatorio de la prueba pericial, me he expedido en oportunidad de emitir mi voto *in re* “***A.***” (Expte. Nro. 50/09 CANO) cuando sostuve que: “…*para apartarse el juzgador de las conclusiones alegadas por los expertos, debe tener razones fundadas. Esto resulta así, pues si bien en las normas procesales no se otorga al dictamen el carácter de prueba legal y se permite al magistrado formar su propia convicción al respecto, es evidente que esto, en tanto y cuanto comporta la necesidad de una apreciación crítica del campo de saber de aquel experto, aparece naturalmente ajena al hombre de derecho y lo obliga a apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado juzgamiento que el perito haya hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado (cfr. CNFedCAdm; Sala IV; sent. 12.10.1995 in re “Compañía Gillette de Argentina s/ Recurso de apelación” ED 169/789 sum. 574). Frente a tal conclusión, la ausencia de observaciones e impugnaciones a la pericial de fs. (…) inhabilitan acceder al agravio, tal como ha sido propuesto.”*----------

------En su virtud, encuentro que la distribución de culpas realizada por el a quo aparece ajustada a derecho, pues como lo vengo diciendo, la concurrencia de riesgos recíprocos, tal la interpretación que le acuerdo al art. 1113 2do. párr. del código sustantivo, así lo impone. Por ello, el agravio no puede prosperar y así lo voto.----------

------En abono de lo expuesto, deseo reiterar aquí lo sostenido en el sentido que: "*Respecto de la valoración de la prueba que realiza el judicante, debo advertir que el sistema adoptado por nuestra ley ritual y que se aloja en su art. 386* (***hoy art. 390 de la Ley XIII Nro. 5 del Digesto Jurídico Provincial –ex Ley Nro. 2203***-)*, constituye un estándar flexible referido a la sensatez del juzgador que obliga a este a ponderar la prueba rendida con un criterio adecuado a las leyes de la razón humana (lógica) y al conocimiento que como hombre posee de la vida (máximas de la experiencia (cfr. E. de MIDÓN, Gladis y MIDÓN, Marcelo en obra colectiva "Tratado de la prueba"; MIDÓN, Marcelo Sebastián; Ed. Librería de la Paz; Argentina; 2007; p. 212 y ss.), pudiendo afirmarse que aparece como el sistema más apropiado, pues por una parte no sacrifica la convicción del magistrado sometiéndolo a una norma o "tarifa" legal de valoración, a la vez que inhabilita una estimación caprichosa o absurda*." (las negritas son un agregado actual) (v. mi voto en "**F.**" Expte. Nro. 84/08 CANO).----------

------5. En función del razonamiento expuesto en los puntos anteriores, entiendo que el segundo agravio del demandado apelante debe necesariamente tener diferente suerte en esta alzada. Y ello así, por cuanto la pretensión inaugural deducida por el actor (v. fs. 20 pto. II.- OBJETO) prosperó en un 50 % del monto originalmente pretendido. Así, entiendo que la contestación de la demanda ha prosperado en idéntico porcentaje, atento lo cual –a mi juicio – resulta de aplicación al presente la previsión contenida en el actual art. 72 del C.P.C.C. (Ley XIII Nro. 5 del Digesto Jurídico Provincial –ex Ley Nro. 2203 -), en virtud de haber existido vencimientos parciales mutuos en el proceso, lo que habilita la imposición paritaria de las costas, lo que así voto.----------

------6. Atento como propondré se resuelvan las cuestiones traídas al conocimiento de esta alzada y por imposición del art. 282 del rito, entiendo carente de virtualidad el tratamiento de los recursos intentados por si por los letrados que asistieron a las partes. Así lo voto.----------

------7. Tal la propuesta que propondré al Acuerdo, entiendo que las costas de esta instancia deben imponerse también en el orden causado (arts. 69 y 72 del CPCC). Así lo voto.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht, reseñado acabadamente los hechos antecedentes y planteos expuestos a esta Alzada voy a abordar directamente las cuestiones traídas a decisión del Tribunal.----------

------El recurso del actor:----------

------Si bien el actor apeló la sentencia en crisis, no fundamentó agravios, según surge del informe de la Actuaria obrante a fs. 242, en consecuencia voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el mismo ha de declararse desierto y así lo voto.----------

------El recurso del demandado:----------

------*<u>La imputación de incidencias causales</u>:*----------

------Se queja el recurrente de que se hubieran imputado a ambas partes y en iguales porcentajes, la incidencia causal en el evento lesivo. Entiende que la colisión se produjo por causa exclusiva del actor solicitando se le atribuya la totalidad de la responsabilidad y no solo el 50%.----------

------En fundamento de su pretensión aduce que el actor fue embistiente y que no respetó la prioridad de paso. Sostiene también que se merituó erróneamente la experticia y que la situación desfavorable en que se ha colocado a su parte por no reconvenir, atenta contra el art. 19 de la Constitución Nacional.----------

------Por razones de mayor claridad expositiva comenzaré analizando la invocada afectación a la garantía de defensa en juicio.----------

------El a quo ha seguido la doctrina reiterada de esta Alzada, conforme a la cual, quien no reconviene no puede favorecerse con la imputación objetiva de responsabilidad contenida en el art. 1113 del Cód. Civ. y no hay en ello desconocimiento o menoscabo a la garantía de la defensa en juicio.----------

------La argumentación del recurrente es insostenible. El art. 19 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la libre defensa en juicio, mas no implica una exoneración de las consecuencias que la actividad u omisión defensiva produzca. Ciertamente que el demandado, como todo ciudadano, tiene el derecho de defenderse en juicio o de no hacerlo; ello es producto de su libre elección y no le está dado al poder público inmiscuirse en la opción. Ahora bien, tanto quien se defienda como quien omita hacerlo deberá afrontar el resultado de su acción o abstención. Siguiendo con la original interpretación del recurrente podría llegar a sostenerse que la necesidad de accionar para obtener el pago de una obligación, y la consiguiente prohibición de ejercer violencia en el deudor, afectaría el derecho de defensa en juicio pues – siguiendo con la misma lógica equivoca del recurrente-el poder público tendría el deber de permitir que el acreedor obtenga el mismo resultado accionando jurisdiccionalmente que no haciéndolo. En igual orden de cosas podría afirmarse que el hecho de que el propietario tenga que incoar acción de desalojo para recuperar la tenencia de lo que le es propio, afectaría la garantía del art. 19 CN pues se estaría obligando a aquel a accionar cuando, quizás, no prefiera hacerlo. Los ejemplos pueden reproducirse hasta casi el infinito pero limitémonos a los dados. Tanto el acreedor a quien no se le paga en término la deuda como el propietario a quien no se le devuelve la tenencia de un bien, tienen libertad para demandar o no, pero las consecuencias de sus abstenciones serán que el primero, probablemente no vea satisfecho su crédito y el segundo no recupere la tenencia. ¿Hay en esta consecuencia una afectación del derecho de defensa? No, desde ningún punto de vista. Libertad para decidir significa tener opciones y no exonerarse de las consecuencias que acarreen una u otra. En igual sentido el demandado de una acción de daños tiene la opción de reconvenir o no, pero en caso de abstenerse debe afrontar las consecuencias desfavorables que tal omisión implica, sin mella alguna a la garantía del art. 19 de la Constitución Nacional. El razonamiento del

recurrente cae por su propia falta de sustento, no resiste el mas mínimo análisis y debe ser rechazado.----------

------Dicho lo que antecede, y siguiendo con reiterados pronunciamientos de este Tribunal, debo agregar que, quien frente a una demanda de daños por colisión de vehículos, opta solo por defenderse sin reconvenir no puede valerse de la presunción derivada del art. 1113 Cod. Civ. y, si pretende exonerarse total o parcialmente de su responsabilidad, debe acreditar la participación causal eficiente del hecho de la víctima, la de un tercero respecto al cual no tenga deber de responder o el *casus*..----------

------El recurrente invoca la presunción de responsabilidad derivada de la calidad de embistiente del actor y de la prioridad de paso que le asistía pero minimiza el exceso de velocidad de su vehículo y soslaya totalmente el argumento sentencial derivado de la falta de licencia que tenía el conductor y que implica presunción de impericia.----------

------Considero necesario destacar que la velocidad a la que circulaba el hijo del demandado, era mayor a la del actor, agravando su participación causal presunta en el evento dañoso.----------

------Mención aparte merece el argumento del recurrente según el cual deberíamos interpretar que él tuvo perfecto dominio de su vehículo por el solo hecho de que accionó el freno. Tampoco se sostiene este razonamiento. El pleno dominio de un vehículo es el necesario para evitar la colisión. El presionar el sistema de freno solo demuestra que el demandado reaccionó frente a la inminencia de choque mas no de que hubiera tenido dominio.----------

------Tenemos entonces, por un lado las presunciones derivadas de la calidad de embistiente y de violación de la prioridad de paso que juegan en contra del actor y por el otro el exceso de velocidad y falta de pericia por ausencia de licencia que operan en contra del demandado. Estamos ante un claro caso de incidencia causal mutua, en el cual, y tal como dice el *a quo*, frente a la imposibilidad de determinar claramente porcentajes dispares, deben imputarse en un 50% para cada uno.----------

------Por último impugna el recurrente la apreciación que el Sr. Juez de la anterior instancia hace respecto a la experticia.----------

------Este tribunal viene diciendo que el Juez de la Instancia es libre a la hora de merituar la prueba de elegir aquella que mas convicción produzca, de allí que a la Alzada solo le corresponda revisar sus decisiones cuando la parte invoca y demuestra arbitrariedad.----------

------El recurrente impugna la valoración de la prueba diciendo que el *a quo* se ha fundado en un párrafo de la experticia pero que, en otra parte del mismo dictamen, el experto sostiene lo contrario. Aun cuando la cita del recurrente pueda ser interpretada en el sentido en que él lo hace – lo cual, a mi entender es incorrecto - lo único que evidenciaría es una autocontradicción en el experto, pero no explica por qué habría que preferir la parte de la experticia que lo beneficia rechazando la que contradice su postura.----------

------Voy a votar por el rechazo del agravio en análisis.----------

------*Las costas:*----------

------Se agravia el recurrente de que le hubiesen impuesto la totalidad de las costas y en esto también voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión.----------

------Habiendo prosperado la acción en solo la mitad de lo pretendido por el actor, no hay, *strictu sensu*, un vencedor sino que, tanto la pretensión activa como la defensiva, han prosperado parcialmente.----------

-----Consecuencia de lo dicho anteriormente es que, habiendo derrotas y vencimientos recíprocos no es posible estarse al principio objetivo de la derrota, debiéndose distribuir las costas en forma paritaria y así lo voto.----------

------Queda por referirme a las costas de la presente instancia y en esta cuestión también voy a coincidir con el Dr. Früchtenicht en el sentido de que, habiendo procedido parcialmente la apelación, ellas deben distribuirse en el orden causado.----------

------Atento como resolví las cuestiones planteadas y por imposición del art. 282 de la Ley XIII Nª 5 del Digesto Jurídico provincial, entiendo carente de virtualidad el tratamiento de los recursos interpuestos por sí por los letrados que asistieron a las partes.----------

------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo**:----------

------Por todo lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- DECLARAR DESIERTO** el recurso intentado a fs. 226; **II.-CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia apelada, ***modificándola*** en cuanto a la imposición de las costas del proceso, las que deberán imponerse por su orden (art. 72 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico provincial) y en orden a la regulación de honorarios realizada a favor del Dr. R. M. M., los que se fijan en la suma de $ 850.- por su actuación en la instancia anterior (arts. 5, 6 7, 8, 9, 38 de la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico provincial). **III.- IMPONER** las costas de esta alzada en el orden causado (art. 72 del mismo ordenamiento jurídico); **IV.- REGULAR** los honorarios del Dr. R. M. M. en la suma de $ 225.-, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 de la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico Provincial).--

-----A la MISMA CUESTIÓN el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo manifestado al analizar la primer cuestión voy a votar por: **I) DECLARAR DESIERTO** el recurso intentado a fs. 226; **II) CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia apelada modificándola en cuanto a la imposición de las costas del proceso, las que deberán imponerse por su orden (art. 72 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico provincial) y en cuanto a la regulación de honorarios realizada a favor del Dr. R. M. M., los que se determinan en definitiva en la suma de $ 850.- por su actuación en la instancia anterior (arts. 5, 6 7, 8, 9, 38 de la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico provincial) **III) IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado (art. 72 del mismo ordenamiento jurídico) **IV.- REGULAR** los honorarios del Dr. R. M. M. en

la suma de $ 225.- con más el IVA pertinente por la tarea realizada en esta Alzada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:--

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve***:----------

------**I.-DECLARAR DESIERTO** el recurso intentado a fs. 226.----------

------**II.-CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia Nº 36. de fecha 12 de mayo de 2009 (fs. 216/220 y vta.) , ***modificándola*** en cuanto a la imposición de las costas del proceso, las que se impondrán por su orden (art. 72 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico provincial) y en orden a la regulación de honorarios realizada a favor del Dr. R. M. M., los que se fijan en la suma de $ 850.- por su actuación en la instancia anterior (arts. 5, 6 7, 8, 9, 38 de la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico provincial).----------

------**III.- IMPONER** las costas de esta alzada en el orden causado (art. 72 del mismo ordenamiento jurídico).----------

------**IV.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. R. M. M. en la suma de $ 225.- con más el IVA pertinente, por la actuación en esta Instancia (art. 13 de la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico provincial –ex Ley Nº 2200).----------

------**V.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces del Tribunal por vacancia de un cargo de Juez de Cámara y haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 Ley V, Nº 17 del Digesto Jurídico provincial).----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL Nº CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009.- CONSTE.