En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., L. M. y otro c/ L., M. I. s/ SUMARIO", expte. nro. 306/10,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 307/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 405), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 368/370vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 368/371vta., hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada M. I. L. a pagar a los actores L. M. P. y a J. U. P. M., la suma de $20.012,88, en concepto de daño emergente, desvalorización venal, privación de uso y daño moral, con más los intereses del considerando respectivo. Rechaza el rubro incapacidad sobreviniente. Impone las costas a los demandados y regula honorarios de los profesionales intervinientes.

Se notifica la parte demandada por apoderamiento letrado a fs. 370vta., a fs. 372 presenta recurso contra la sentencia, el que se concede a fs. 373. Por cédula se notifica la parte actora a fs. 379/379vta.

Se ponen los autos en la oficina de la Alzada a fs. 392.

Siguen los agravios de la parte demandada, bajo apoderamiento letrado a fs. 395/401. Se agravia en principio en cuanto la sentencia en función de descalificar los testigos propuestos y adoptar presunciones legales y jurisprudenciales, condena a su parte. Sostiene que los testigos V. (fs. 204/205) y G. (fs. 206), deben ser tomados con rigor crítico, por ser conocidos de la Sra. L. y encontrarse a más de 70 m del lugar y sus dichos, inconscientemente, parecen tener a favorecer la posición de la demandada, que por el contrario, G. S.

(fs. 201/202) y S. (fs. 203), explican su posición en el lugar. Formula la evaluación y objeta concepciones de la sentencia y sostiene que S. no vio el choque, miraba hacia abajo y similar situación se produce con el testigo G. S., a partir de explicar que se encontraba en el Cyber esperando a su hijo, en tanto todo su relato se configura con hechos acontecidos después de producido el choque. Plantea en consecuencia si a partir de descalificar las testimoniales señaladas, habría motivo para, asimismo, desestimar las de los testigos G. y V.. Rechaza esta hipótesis por la circunstancia que los mismos sean conocidos de la demandada, no justifica su deserción; por las generales de ley no existe amistad íntima. Considera, por otra parte, lógico que si los testigos van circulando por la calle Artigas, presencian el choque y advierten que resulta la madre de una compañerita de su hijo, se detengan en el lugar, ofrezcan su ayuda y sean ofrecidos como testigos. Cita jurisprudencia concordante. Que entonces según el tránsito de G. es lógico que pudiera divisar el acontecimiento y advertir que el Gol venía transitando por Malvinas, sale de golpe y es colisionado por el Peugeot, que su relato es espontáneo cuando relata el recorrido de los vehículos, no solo describe el impacto, sino que detalla los hechos posteriores. Asigna la misma situación a la testigo M. D. C. V., que no incurre en contradicciones. Sostiene desvirtuado el argumento del Juez con la distancia y destaca que los testimonios de estos dos testigos no fueron impugnados; que el Juez ha resuelto según su parecer a partir de quitar eficacia probatoria a los testimonios, sin crítica científica. Articula, asimismo, argumentación en función del lugar del impacto, cuando el Peugeot de L. ya había traspuesto la primera mano de circulación de la calle Artigas, ello es cuando la prioridad de paso había cedido. Opone jurisprudencia concordante. Controvierte, asimismo, la presunción del carácter embistente que la sentencia asigna a su representada, sosteniendo que quien avanza imprevistamente es la parte actora e incluye las defensas jurisprudenciales relativas en cuanto la preferencia de paso no autoriza a arrasar con todo obstáculo. Desecha asignar responsabilidad imprudente a su parte frente a la aparición inesperada del vehículo de la actora. Peticiona la revocatoria a las conclusiones de la sentencia respecto al facto. Objeta a continuación los montos indemnizatorios, estimando desajustada su determinación porque el perito establece valores a costos actuales, con lo que,

asimismo, debe establecerse de conformidad la tasa de interés. Funda respecto a estos puntos a fs. 399/399vta. Impugna la determinación del valor venal por no darse los presupuestos para su fijación, al faltar prueba que el hecho haya afectado partes esenciales del rodado. Peticiona el rechazo del rubro, agregando que de no compartirse la postura debe considerarse que el perito estableció valores actuales de realización del automotor Volkswagen Gol – Modelo 1997, ello es, al 20 de mayo de 2009. Reitera que los intereses deben operar desde esta fecha. Entiende que el monto indemnizatorio por privación de uso del rodado resulta a todas luces improcedente, debido a la carencia de prueba. Cita jurisprudencia. Rechaza finalmente el concepto daño moral, sosteniendo la carencia de prueba de todo sufrimiento psíquico o físico; que se rechace el fallo en todas sus partes, con costas.

El traslado de la expresión de agravios de fs. 402 no resulta contestado, con lo que pasan los autos a sentencia conforme el llamado de fs. 403.

Al confrontar los agravios interpuestos con el fallo dictado a fs. 368/370vta., resulta a fs. 368vta., puntos 2 y 3, se recepta que las partes se encuentran contestes con la existencia del hecho, fecha, lugar, identidad de los vehículos y personas intervinientes, que las se imputan recíprocamente responsabilidad, la actora el carácter embistente por parte de L. y ésta, el exceso de velocidad por parte de P..

El hecho resulta, en consecuencia, el accidente de tránsito ocurrido el 5 de setiembre de 2004, en jurisdicción de la Seccional Tercera de esta ciudad, que da cuenta el acta respectiva de fs. 1/1vta. (causa por cuerda: Ministerio Público Fiscal - Caso 5.776: “P. J. s/ lesiones graves en accidente de tránsito”), entre los automotores, Vehículo VW Gol, Sedán 3 Puertas, Modelo 1997, Dominio XXX-***, de la titularidad de L. M. A. P., conducido por J. U. R. M. y un vehículo Peugeot 405 GR Modelo 1993, Dominio XXX-***, conducido por M. I. L., en la intersección de las calles Artigas y Malvinas, sobre la esquina que da al local Cyber de Internet. Señala el acta que se hace presente una ambulancia del Hospital Regional, la cual traslada al conductor del vehículo VW-Gol, por presentar presumiblemente lesiones. Se deja constancia que no se observan frenadas de los vehículos involucrados.

Los daños de los automotores se informan a fs. 9 de dicho Caso 5.776, el VW-Gol XXX-***, choque en el lateral izquierdo, abollado y descentrado el guardabarros delantero, puerta, zócalo, torpedo, capó y techo abollado, guardabarros trasero lateral izquierdo abollado, paragolpe del mismo lado raspado, tapizado de puerta roto, tablero roto, parabrisas desprendido y trizado, manija de puerta rota, espejo retrovisor roto, vidrio de puerta lateral izquierda rota, guardabarros delantero derecho y puerta del misma lado descentrado. El rodado Peugeot 405 Dominio XXX-***, presenta choque de frente, abollado y descentrado guardabarros y capó, paragolpe delantero roto, parrilla y ambas ópticas rotas, faros de guiños delanteros rotos, parabrisas trizado , máscara de frente rota, ambas punteras de contacto y puente de frente torcidos.

Los agravios.

Las objeciones del recurso respecto al tratamiento de las testimoniales, comienzan contra la expresión genérica de la sentencia que todos los testigos resultaron presenciales, impugnándola por incorrecta. No lo considera así al testigo J. N. S. (fs. 203/203vta.), ya que el mismo dice que estaba estacionado en la parada de Malvinas y Artiga, sobre Malvinas 310, que estaba preguntándole el destino al pasajero, "…nosotros estábamos mirando hacia abajo".

La comprensión literal adoptada por la agraviada –al margen que el testigo nunca dijo que vio con amplitud toda la secuencia fáctica– resulta inadmisible. Del contexto de la testimonial de S., "mirar para abajo" explica que miraba en el sentido norte-sur de la calle Malvinas, miraba para abajo, es decir de norte a sur. Apréciese el contexto de lo declarado, "mirar para abajo", es decir de norte a sur es lo que le permite al testigo la visión inmediata al sentir el ruido del choque. La comprensión surge desde los primeros tramos de la testimonial; "…esa parada está sobre Malvinas y estacionamos mirando al Sur; *ahí vimos* cuando el Peugeot color bordó embestía al Gol que "bajaba" por Malvinas. El Peugeot desplazó al Gol Azul que "bajaba" por Malvinas, lo desplazó hacia el Cyber" (2da. preg., fs. 203). Surge entonces que "mirar para abajo" es mirar por Malvinas de norte a sur, como estaba estacionado y como circulaba el VW-Gol.

El testigo S. confirma el criterio en la respuesta 3ra.: “El Peugeot circulaba por Artigas de este a oeste y el Gol bajaba por Malvinas de norte a sur”. Repite el concepto de “bajar” por Malvinas en las respuestas 5ta. y en la 7ma.

Se rechaza, en consecuencia, la impugnación que S. no vio el accidente en tanto se encontraba “mirando hacia abajo”, de clara significación que desde el estacionamiento de su automotor en Malvinas miraba de norte a sur.

Por lo demás, el desconocimiento que se asigna al testigo S. respecto a quien llegó primero a la encrucijada, carece de entidad agraviante respecto al nombrado, ya que el mismo no fue preguntado sobre el punto.

Los menoscabos respecto al testigo G. S. sobre el punto precedente de igual desconocimiento caen en la misma carencia de agravio, ya que tampoco resulta preguntado sobre el particular. En todo caso, por la lógica resultante de la declaración de uno y otro de los testigos, queda patentizado el carácter de embestidor del automotor conducido por M. I. L., con lo que no hayan dicho tales declarantes solo perjudica a la propia apelante, como productora de daño con la cosa riesgosa. Es la demandada quien debe probar que de su parte no hubo culpa, conforme con el art. 1113 Cód. Civil.

Tampoco establece el Juez que el testigo G. S. define estrictamente toda la secuencia de los hechos, lo que no quita veracidad respecto a lo declarado y en dicho ámbito las concordancias que señala con la pericial técnica, porque el testigo G. S. al sentir el choque sale inmediatamente del Cyber. La compulsa del testigo del estado de los protagonistas del choque al salir inmediatamente del Cyber, deja un indicio de notoria gravedad en contra de la demandada. Expresa que la Sra. L. estaba muy asustada y decía: “…que no lo había visto levantó la trompa del auto y se había encandilado por el sol, esa esquina es muy típica que los autos peguen panzazos, ya que esta calle tiene badenes muy pronunciados” (fs. 201vta., 5ta.).

Los testimonios se ven corroborados por el meduloso e ilustrativo dictamen de fs. 236/239 y no fue cuestionado por las partes, dice finalmente el Juez a fs. 369, sin revisión de la apelante, por lo que en definitiva se rechazan las críticas a las testimoniales impugnadas.

El enfoque del Juez de las declaraciones de los testigos M. D. C. V. (fs. 204/205vta.) y R. R. G. (fs. 206), que toma con reserva y rigor, no resultan desvirtuadas por cuanto en las generales de ley no se aluda a amistad íntima, si advierte la limitación o exceso interpretativo del testigo, en cuanto la testigo V. reconoce que los nenes van al mismo jardín y G. también conoce a la Sra. L. del Jardín donde concurría el hijo del testigo en esa época. Adviértase en todo caso el retaceo o limitación expresiva de la Sra. V., cuando expone que es el auto Gol el que choca a la Sra. L. (fs. 204, 5ta.); que no sabe la velocidad de los automotores pero que el Gol venía bastante rápido (9na.); todo, no obstante reconocer la localización de los daños en el Peugeot en su parte delantera y el Gol un golpe grande en la puerta del conductor (9na.) y que éste automotor quedó mirando hacia el éste (11ma.). Por otra parte, respecto al testigo G., por venir transitando de frente pudo ver que el Gol transitaba por Malvinas, con el agregado que sale “de golpe”, es connotación que justifica la prevención del sentenciante, en tanto circula por su mano con prioridad de paso. La actora sostuvo la aparición violenta e intempestiva (fs. 66), que en nada corrobora la aparición de golpe, por no ser prueba idónea a la prometida en la etapa respectiva. En todo caso, frente al conductor que circula por su mano con prioridad de paso, la velocidad que pretende asignarse al Gol, se advierte por las circunstancias del hecho propia de la conducción de Peugeot y hasta dicho del testigo, que señala que el Peugeot iba por la derecha de Artigas, que la colisión se produce en el centro de la calle, sin embargo desplaza al Gol quedando en la proximidad del Cyber y el propio Peugeot trasponiendo Malvinas hasta quedar en la mano contraria de Artigas (Croquis de fs. 3 Causa del Ministerio Público por cuerda).

Asimismo, en cuanto se rechaza por la recurrente la imputación de la sentencia que al resultar embistente no guiaba con la debida atención y prudencia, no puede sostenerse aparición inesperada a quien circula por su mano y con prioridad de paso. Nunca puede resultar inesperado que los automotores circulen por las calles trazadas a tales fines. Por otra parte, el lugar de localización de los daños del automotor Gol demuestra cabalmente su derecho a continuar el ejercicio de la prioridad de su paso, afectada por la demandada con evidente incumplimiento del debido dominio del automotor Peugeot.

Montos indemnizatorios.

iii) de fs. 399. No demostrado que los valores periciales resultantes de la pericia según fs. 51vta. del dictamen alcancen la suma de $9.443, ni habiéndose opuesto la pretensión sobre monto de capital y corrimiento de los intereses en su oportunidad (art. 280 Ley XIII Nº 5 –Anexo Ley 2203– del Digesto Jurídico), recházase el agravio en virtud de la norma citada.

Desvalorización valor venal. Resultando evidente de las consecuencias del choque e informe pericial de fs. 236/239, la afectación de partes esenciales del automotor de la parte actora, que exigen desmantelamiento de distintas partes y escuadramiento de otras. No se detallan puntualmente los puntos de la pericia, porque tampoco la alegante se detiene en el análisis de la amplitud de la prueba pericial mecánica señalada. Por lo demás del agravio cae bajo la normativa de falta de proposición oportuna y por lo que se rechaza el agravio precedente (art. 280 cit.). El cuanto interfiere el agravio con el dictamen pericial de fs. 333, es la propia recurrente la que a fs. 363 sostiene que el mismo no puede ser considerado.

Privación de uso.

Carece de razonabilidad sostener que el monto indemnizatorio por privación de uso resulta a todas luces improcedente sosteniendo la probatoria pertinente con la base jurisprudencial citada, sin controvertir la propia sentencia fundada en jurisprudencia que señala que la sola privación del vehículo dañado comporta en sí misma un daño indemnizable. No se ajusta al caso la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación, donde se advierte que el daño invocado respondía a montos por locación de una Empresa o la imperiosa necesidad de reemplazo de la unidad y la imposibilidad de hacerlo con otros automotores, a cuyo respecto la sentencia exigía la prueba pertinente. Es típico el presente caso de la privación de uso del automóvil por la persona particular o en circunstancias de familia, a cuyo respecto “…es generalizada la opinión que indica su procedencia, la que debe ser indemnizada aun a falta de prueba de su monto efectivo, ya que la reparación de un vehículo chocado demanda cierto tiempo durante el cual importa para su dueño la imposibilidad de uso; esta circunstancia configura un daño indemnizable, aun cuando el automotor

no se destine a una finalidad directamente productiva, pues se presume que su utilización alguna ventaja reporta a su usuario…" (cf. Meilij: "Accidentes de Tránsito", ed. Depalma, año 1991, pág. 159, parág. 400).

Daño moral.

El agravio por la indemnización del daño moral invocándose la ausencia de prueba y definiendo lo que constituye el mismo, es evidente que no sigue los fundamentos del Juez para establecerlo a fs. 370, punto 6 E).

Precisamente el sentenciante ha definido los conceptos del daño moral de indudable similitud con lo definido por la apelante. En cuanto se sostiene la carencia de prueba, el agravio vuelve a resultar insuficiente si no controvierte las señaladas por el Juez, primero la gravedad objetiva del daño, la periciales médicas tanto en sede civil como penal, de ninguna alusión por la impugnante. Se rechaza el agravio (arts. 268 y 269 Ley XIII, cit.).

Por todo lo expuesto, corresponde el rechazo del recurso interpuesto, con costas atento la naturaleza del juicio y el resultado de las cuestiones propuestas (art. 69 Ley XIII, cit.).

Para regular honorarios rige la Ley XIII Nº 5 – antes Ley 2200 – arts. 5, 6, 8, 13 y concords., el mérito del trabajo profesional y el resultado obtenido. Propongo los honorarios conjuntos de los Dres. J. F. L. G., N. B. L. de E. y G. A. B., en el 25% de los regulados en la primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada M. I. L., fundado a fs. 395/401vta. y confirmar la sentencia de fs. 368/370 vta., en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada a la parte demandada apelante, proponiendo la regulación de honorarios de los profesionales actuantes de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Quien me ha precedido en la emisión del voto afrontó la responsabilidad de verificar los requisitos formales del recurso interpuesto en contra del fallo de fs. 368/370 e, incluso, en forma breve y ajustada extraer los

argumentos esenciales de la queja obrante a fs. 395/401, lo que evita su mera reiteración.

Tras detenidos estudio de aquélla pieza procesal confortada a lo resuelto y demás piezas procesales dentro de los límites jurisdiccionales así impuestos por la recurrente, a modo liminar debo aclarar algunos aspectos.

Así, el *Iudex a quo*, una vez más, ignorando las recomendaciones dadas en cuanta cuestión referida a reparación de daños debe resolver, se limita a la mera enunciación de normas que entiende interesadas a los fines de la resolución de la causa, violando, en principio, de tal manera, deberes impuestos por las reglas del debido proceso. Entiéndase. No da razón de cuál régimen de responsabilidad resulta aplicable en el caso, ya que las partes la fundan de manera genérica tanto en la subjetiva (art. 1109 CCiv.) como en la objetiva (art. 1113 párr. 2° del mismo texto legal).

A no olvidar que la calificación legal o calificación jurídica consiste en subsumir o encuadrar los hechos en una norma jurídica.

Esto es, una vez que el juez tiene fijado los hechos (aquellos afirmados y confirmados), debe examinar si los mismos se compadecen con alguna norma jurídica (en sentido amplio), debe determinar si existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que, como antecedente –supuesto de hecho abstracto normativo- prevea la situación de hecho concreta probada en el caso y, a partir de allí, si el efecto jurídico que la norma prevé para ese supuesto de hecho –consecuencia jurídica- concuerda o no con la perseguida por las partes.

Es esa operación intelectual del magistrado lo que constituye la típica situación de calificación jurídica y que en forma conteste la doctrina y jurisprudencia la consideran como una tarea propia de aplicación del derecho, derivada de la regla procesal “iura novit curiae” e impuesta como deber a los Jueces. Su olvido genera el “pecado” jurídico de incongruencia.

Siguiendo el pensamiento de Daniel Horacio Morbiducci en su trabajo: “Calificación legal de la pretensión y el límite de la congruencia”, Ponencia presentada ante el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Publicado en ElDial.com el 22-11-04, doctrina y jurisprudencia entienden que los poderes que le da al juez la regla procesal “iura novit curiae”, de

ninguna manera pueden ser absolutos y que su actividad en tal sentido debía estar limitada por ciertos principios o reglas procesales de inexcusable cumplimiento para que fuere respetado –principalmente- el derecho de defensa de las partes.

Y precisamente uno de los más importantes límites del poder que la regla "iura novit curia" le otorga al Juez, se encuentra en otra regla procesal de la actividad de sentenciar –la más importante regla de juzgamiento– que se conoce doctrinalmente con el nombre de congruencia procesal.

Como todos sabemos –afirma el autor al que sigo en el tema-, la regla procesal de la congruencia consiste en la concordancia o correlación que debe existir entre las pretensiones contradichas en el proceso y la sentencia.

La regla de la congruencia determina que bajo ningún concepto el Juez puede, a través del Derecho aplicado, variar las condiciones fácticas que son el basamento de la situación que originó la controversia.

Tal precepto impone también que en ningún caso el Juez, so pretexto de "calificar legalmente" o "aplicar el derecho" pueda sustituir la pretensión –o pretensiones-, o introducir de oficio pretensiones no articuladas ni debatidas en el litigio.

La regla de la congruencia limita además la posibilidad del Juez de modificar en todo en parte la pretensión procesal. Dicha limitación lo es con respecto a todos y cada uno de los elementos de la pretensión –sujeto, objeto y causa-.

Y en éste punto cabe recordar la concepción del profesor Alvarado Velloso respecto del elemento causa –"causa petendi"- distinguiendo dos sub-elementos dentro de dicha causa: El primero constituido por el hecho –o hechos- afirmado en la demanda y al que el actor le asigna trascendencia jurídica y el segundo subelemento constituido por la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado en base a aquel hecho.

Ahora bien, cuando afirmo, entonces, que la regla de la congruencia le impide al juez modificar todos o algunos de los elementos de la pretensión; en lo que se refiere al elemento causa, tal impedimento incluye a ambos subelementos. Ello lleva a concluir entonces –como lo hace el profesor

Alvarado Velloso (“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, primera parte –reimpresión-Rubinzal Culzoni editores, pág. 104)- que no sólo le está absolutamente vedado al Juez alterar, sustituir o introducir hechos, sino que –con relación a la imputación jurídica- de ningún modo podrá variar la misma si con ello, aunque mínimamente, se “tocan” los hechos o cuando la modificación de la imputación jurídica implica excederse o apartarse de lo debatido en el proceso, es decir del objeto litigioso. Si ello ocurriera, bajo la excusa del cumplimiento del deber de aplicar el derecho, el Juez lisa y llanamente estaría disponiendo de la pretensión en clara violación con la regla de la congruencia.

Ahora bien, conforme lo expuesto y de las constancias iniciales de la causa ambas partes se imputan conductas reprochables de conformidad a las pautas de del art. 1109 CCiv. y configurativas de violaciones a la Ley Nacional de Tránsito. Eventualmente, atribuyen al otro de modo recíproco, la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113 CCiv., sin ahondar en tal fundamento.

No obstante esto último, ambas partes razonan, argumentan y dirigen sus pruebas intentando la verificación de la culpa exclusiva y excluyente del otro.

Tal circunstancia me impide analizar la cuestión de conformidad con la opinión decididamente mayoritaria tanto de doctrina como de jurisprudencia. Esto es: en esta materia el punto de partida lo constituyen las causa “Sacaba de Larosa” (ver, v. gr., LL 1986-D, 497 con nota de A. Trigo Represas y JA 1986-IV-579 con nota de Giordano, Mónica y Ghersi Carlos A.) y, al año siguiente, el precedente emanado de la CSJN en “ENTEL” (fallos 310:2804, ED 128-281, LL 1988-D, 297 con nota de Atilio Alterini) que instalaron en la jurisprudencia patria la aplicación de la teoría del riesgo creado (art. 1113, párr. 2º “in fine” CCiv.), superando el anterior encuadre legal que emplazaba normativamente la cuestión en el régimen de la culpa (art. 1109 CCiv.). (Ver, v.gr., Jorge Mario Galdós en “El Riesgo Creado, La Culpa y Cuestiones Conexas” en Rev. LL de 2006/11/23).

Así, se unifica el criterio de que la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco –y lo es el uso de automotores coprotagonistas

de un choque- no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, párr. 2º del Cód. Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y, de tal suerte, se crean presunciones concurrentes como las que pesas sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otros salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes.

Que si bien esta Corte había sostenido, en casos de accidentes protagonizados por dos o más automotores, la inaplicabilidad del art. 1113, párr. 2° del Cid. Civil, sobre la base de que el riesgo recíproco creado por los vehículos enerva el fundamento de la responsabilidad asignada por esa norma una revisión del problema, conduce a una solución diversa (Fallos 306:1988; y a fallos posteriores compilados y comentados por Luis Moisset de Espanés y Carlos Alberto S. en “Accidentes de Automotores”, T. II, pág. 72, p.234; CS, 27/12/90, en “Sarro, Antonio y otros c. Buenos Aires Provincia de s/ Daños y perjuicios” publicado en ED, 177, 610 nº 39; CS, 23/12/1997, “Fernández Kulisek e Hijos S.R.L. c. Buenos Aires Provincia de y otro” publicado en RED, 35-24, entre muchos).

La tesis del riesgo recíproco significa que cada uno de los dueños o guardianes debe reparar los daños causados al otro y les incumbe la carga de invocación y prueba de alguna de las eximentes: culpa de la víctima, culpa de un tercero por el que no debe responder, o caso fortuito externo a la cosa que fracture la relación causal. De acuerdo a ello al actor le basta probar el contacto del automotor con el del demandado, pues dado el factor objetivo de atribución no necesita probar la culpa del otro partícipe en la colisión, y al demandado no le alcanza, para eximirse, probar su falta de culpa, ya que no se aplican ni el art. 1109 ni el art. 1113, segundo párrafo, primera parte. (ver, v. gr., CNCiv., Sala H, 17/09/2001- "Monasterio Mariano c/ Castellanos Leonardo y otro s/ Daños y perjuicios" – elDial.com.ar; Alterini, A., "Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores" publicado en LL, 1988-D-226; Las conclusiones del Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños (v. JA, 1993-III-942; ver evolución doctrinaria y jurisprudencial hacia la responsabilidad objetiva por Hernán Daray en “Derecho de daños en accidentes de tránsito”, ed. Astrea 2001, pág. 11, parág. 5).

Vale aclarar que en los casos como el que hoy nos ocupa, por aplicación de dicha doctrina, al no haber el demandado reconvenido, pesaba sobre éste la presunción de responsabilidad respecto a los daños sufridos por el otro, salvo que se prueben circunstancias eximentes que las destruyan por la existencia de culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no se debe responder, o el caso fortuito" (ver fallo citado en elDial-AAD8E).

Ramón Daniel Pizarro, aborda el tema en su obra "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa", ed. Universidad 1983, pág. 519, p.2, opinando que la irrupción de vehículo de motor en la sociedad moderna determinó la necesidad de replantear esquemas tradicionales en materia de responsabilidad civil; representó, asimismo, el punto de partida de importantes concepciones doctrinarias, basadas en el riesgo creado, que han procurado brindar a las víctimas soluciones justas, seguras, equitativas y eficaces.

El fenómeno se vivió con intensidad en casi todas las legislaciones occidentales, que acudiendo a distintos métodos trataron de brindar una respuesta satisfactoria a tal problemática. Desde las leyes especiales hasta la introducción de nuevas pautas en los ordenamientos civiles.

Si bien se advierten discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales en el encuadramiento de tales hechos dentro de los supuestos del art. 1113 CCiv., luego de la reforma de 1968, la doctrina y jurisprudencia dominante, a la que adhiere el autor de este trabajo, señala que los daños causados por vehículos en circulación, cualquiera sea la forma y modo que se produzcan, caen dentro de la órbita de aplicación del párrafo segundo del art. 11113 CCiv. (daños causados por el riesgo o vicio de la cosa). Creemos -dice Pizarro- que es la interpretación correcta frente al art. 1113 CCiv., pues todo daño causado por un automotor en movimiento obedece al riesgo propio de la cosa, y también al de la actividad desarrollada.

Entiéndase: ya no se discute que los automóviles en movimiento son cosas peligrosas (ver Roberto A. Brebbia, "Problemática jurídica de los automotores", ed. Astrea 1982, t. 1, págs. 9/11, pts. 4 y 5; Borda, "Tratado… -Obligaciones II", ed. Perrot, 1976, nº 1 1502; Jorge Orlando Ramírez, "Indemnización de daños y perjuicios", ed. Hammurabi 1983, t. I, págs. 151 y

sigtes., parág. 16, entre otros), y el régimen legal previsto para ellas está en el segundo párrafo, últ. parte de tal norma. Por esta vía se protege más adecuadamente a la víctima, presumiéndose la responsabilidad del dueño o guardián y admitiéndose eximentes limitados.

En tal sentido se ha resuelto que: "Tratándose de la responsabilidad prevista en el art. 1113, ap. 2º del Cód. Civil lo que corresponde indagar es si la conducta de la víctima (o en su caso de un tercero) ha concurrido concausalmente a la provocación del daño, es decir, si esa conducta interrumpió el nexo causal entre el hecho y el daño, ya sea de manera total o parcial, con aptitud suficiente para impedir la consumación de la responsabilidad objetiva que dicha norma endilga al dueño o guardián de la cosa.

Insisto: la teoría del riesgo no elimina dentro de su universo la idea de culpa, aunque a ésta no se la hace gravitar como factor de atribución o de imputación de responsabilidad, sino como causal de exención. De ahí que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y aquélla cuya titularidad o guarda atribuye al que demanda, quien a su vez, puede eximirse de responder si demuestra la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder.

Ahora sí puedo enfocar la cuestión aún controvertida conforme las pautas normativas que refieren de manera prioritaria a la culpa, a sus eventuales atenuantes o a la compartida, de conformidad con las pretensiones iniciales y la prueba adquirida.

Se advierte, de tal modo, que no existe controversia en cuanto a las circunstancias de personas, tiempo y lugar pero se mantiene el debate en cuanto a la mecánica del hecho. Intersección de calles de doble mano, buena visibilidad y pavimento húmedo por efectos de una llovizna ocurrida con anterioridad al suceso (éste ultimo dato fue aportado por el testigo G. S. sin que él mismo haya sido cuestionado, en cuanto a este punto, oportunamente (ver fs. 201/202vta., 4ª. pregunta).

De acuerdo a la línea de marcha de cada vehículo más allá de las pautas del “buen conducir” establecidas en la ley local de tránsito

(Ordenanza 6199/96, que adhiere a la ley nacional 24449, tal como ya lo había hecho la provincia por ley 4165 (LEY XIX Nº 26), el sentido común impone la precaución –por imperio de la seguridad personal y pública– disminuir la velocidad a los efectos del pleno dominio del vehículo que estamos utilizando toda vez que arribamos a un cruce de calles y allí, si lo hacemos en forma simultánea con otro que transita de modo trasversal al nuestro, y lo hace por nuestra derecha, ceder el paso.

No existe, en tal sentido, dato cierto respecto de tal circunstancia por lo que se nos impone la presunción que así ocurrió, máxime cuando ambas partes aseveran con firmeza el inicio del cruce.

Así, el carácter de embistente adquiere preponderancia en la solución del conflicto y es justamente la actora quien además de haber tenido a su favor la mal llamada “regla de oro”, sufre el impacto sobre su lateral izquierdo a la altura del conductor.

Tales datos no han sido, tampoco, cuestionados y de ningún modo puede afirmarse que de la prueba adquirida se pueda verificar que el actor, interfiere la línea de marcha de la demandada imprevistamente y cuando ya había casi superado el cruce de arterias, tornando inoponible la regla en cuestión.

Tampoco se ha podido probar, el manejo a velocidad excesiva por parte del accionante, si mensuramos los daños sufridos por uno y otro y observamos con detenimiento la secuela del impacto, en particular el desplazamiento sufrido por cada unidad, conforme croquis elaborado por la autoridad de prevención, sin que la impugnación formulada al inicio por la demandada lo perjudique de manera alguna, ya que además de resultar ratificado por los dichos de los testigos; no haber sido impugnado el que obra en la causa criminal que obra por cuerda y la jerarquía del acto a la luz de lo previsto en la ley LEY XIX-Nº 5 (antes Ley 815), art. 17 (ver croquis de fs. 30 y fs. 3 de la causa penal obrante por cuerda, autenticados a fs. 182/183, con datos ratificatorios testimoniales de fs. 203/203vta. 3ª. y 5ª. pregts.; fs. 204/205vta., pregts. 4ª. y 11ª. y de fs. 206/206vta., conforme lo dicho al contestar la 6ª. pregunta y primera repregunta).

En cuanto a las constancias de la causa penal se ha dicho que cuando es ofrecida por las partes como prueba se incorpora a la causa en forma definitiva, perjudicando o beneficiando por igual a todos los litigantes, por estricta aplicación del principio de “adquisición procesal” (ver Alsina, “Derecho Procesal”, t. I, pág. 459, n° 19; Colombo, “Código Procesal anotado y comentado”, t. III, p. 350; Falcón, “Código Procesal anotado, concordado y comentado”, t. III, p. 119; Fassi, “Código Procesal comentado, anotado y concordado”, t. I, p. 676, n. 1325; Fenochietto-Arazi, “Código Procesal comentado y concordado”, t. 2, p. 302, n. 3; Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales comentados y anotados”, t. V-A, p. 171; Palacio, “Derecho Procesal”, t. I, p. 290, n. 35, entre otros; CNCiv., sala A, 2002/03/11 – Gas SA c. Moreno, Raúl A.-JA 2003-III, fascículo n. 5). En nuestro caso es ofrecida a fs. 50 p. 7 por la accionante sin oposición e la accionada por lo que lo dicho adquiere plena eficacia.

Todos estos datos para nada permiten vaticinar una solución que satisfaga las pretensiones de la recurrente. Y menos aún, si se toma en especial consideración la queja por la valoración testimonial formulada por el sentenciante en sus considerandos.

Así, se ha dicho que si lo que se busca es poner en duda la idoneidad de un declarante, de suma utilidad resulta ser la disposición del art. 460 CPr. (DJ), que brinda al interesado durante todo el período de prueba la oportunidad de alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. Todo al margen del art. 442 y concs. (DJ). La recurrente lo hizo en su alegato y pese a ello el sentenciante tomo otro rumbo lo que obliga a la revisión de tales dichos.

Bien entendida la queja de conformidad con lo preguntado y dicho por cada testigo, de ningún modo se puede presentar como absurda la manifestación volcada en los considerandos en cuanto a que todos los testigos fueron “presenciales”. Es indiscutible que todos estaban presentes en las inmediaciones del accidente, pero prestando atención a lo que en ese momento les interesaba y no pendientes del suceso que iba a acontecer, circunstancia que se repite en causas análogas. Pero lo cierto es que cada uno aportó un dato que se encuentra en directa y lógica relación con otro y de su confrontación, discordando o concordando permite verificar o no lo sustentado por las partes al inicio.

Esto en razón que conceptualizo la prueba como la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos y autorizados por la ley, y encaminados a crear convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones (ver entre otros y en una misma línea a Lino E. Palacio, “Derecho Procesal Civil” t. IV, p. 331; Isidoro Eisner, “La prueba en el proceso civil”, p. 31; Hugo Alsina, “Tratado...”, t. III, p. 224; Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce “Códigos Procesales...”, t. V, p. 7; Hernando Devis Echandía, “Teoría General de la prueba Judicial”, t. I, p. 19; Santiago C. Fassi, “Código Procesal...”, t. II, 1978, p. 147; Colombo, Carlos J. “Código procesal...”, 1975, t. I, p. 596; De Santo, “El Procesal Civil”, Ed. Universidad 2000, t. II, pág. 8).

Ahora bien, siendo la valoración una facultad propia del magistrado puede éste inclinarse por las declaraciones que le merecen mayor fe teniendo en cuenta todos los factores que las rodearon -en caso de que el testigo se encuentre afectado por alguna situación comprendida en las generales de la ley (pariente, dependiente, relación laboral, acreedor o deudor, interés particular en el pleito, etc.), ello en nada afecta su credibilidad, si bien el juez debe ser más agudo en la apreciación de sus dichos (ver, v. gr., “Valoración de la prueba testimonial en el proceso civil”, por Lo Prete, Octavio, 1-ene-2000, en MJ-DOC-1218-AR – MJD 1218).

El a quo dice que tomará ese rumbo en el primer párrafo de fs. 369 pero luego no confronta ningún dato de los que seleccionó como útiles con el resto de prueba que le otorgó certeza resolver como lo hizo. De allí que la queja en cuanto al trato que dispenso a unos u otros resulte absolutamente irrelevante.

Bien se ha dicho que: resulta abstracto el mero cuestionamiento de un testigo por razones principistas, si no se demuestra su inidoneidad y sus dichos no fueron descalificados, máxime si se cuenta que no adujo falsedad o inexactitud de lo manifestado (ver, v. gr., CNCom., sala B, 2000/02/15, DJ, 2001-2-1012).

Así, mas que la ratificación de la experticia de fs. 236/239, que poco ayuda en cuanto a la comprensión de la mecánica del hecho, sí ha sido

eficaz, como se adelantara, para salvar la impugnación del croquis elaborado por la autoridad de prevención.

Si hemos concordado con la sentencia, transitando por la senda de la ineficacia probatoria, la presunción de el arribo simultaneo, de nada sirve volver sobre los dichos de los testigos al respecto, pues obviamente han quedado descalificados en cuanto a la certeza que pudieran brindar al respecto, pero curiosamente al revisar la declaración de S. (fs. 203/203vta.) no surge dato alguno en cuanto a tal circunstancia.

El declarante en cuestión, se limita a reiterar que pese a estar en posición privilegiada respecto del acontecimiento, toma conciencia del mismo por el ruido del impacto y ve –mirando hacia “abajo” (no resultando confusa la expresión en razón de características topográficas del lugar y de la ciudad toda)-, y advirtiendo que el vehiculo Peugeot fue el embistente desplazando al Gol hacia el Cyber (2ª. pregt.). Nada informa respecto a los hechos previos al choque en razón de estar ocupado ante el requerimiento de un pasajero. Y tales datos, son ratificatorias del croquis policial, potenciando su valor probatorio y desluciendo su impugnación tal como se adelanto en párrafos anteriores.

Coincido con la recurrente en cuanto a los datos que aporta el testigo S. y que no surge de los mismos referencia alguna a la mecánica de los hechos. Pero ocurre algo similar a la del testigo analizado anteriormente, lo que dice corrobora lo graficado en el croquis y es éste el que permite presumir con alto grado de certeza lo ocurrido. Pero no es todo, afirma el declarante al contestar la cuarta pregunta que el pavimento se encontraba húmedo consecuencia de una llovizna acaecida horas antes. Tal novedad obligaba a mayor precaución en el manejo, ya que dificulta las maniobras defensivas ante cualquier acontecimiento imprevisto pero propios del tránsito.

No es todo, no se valoró ni se impugno de modo alguno la afirmación de S. haber escuchado la demandada, hablando con otras personas inmediatamente de ocurrido el hecho, que no había visto el Gol y que le dificultaba la visión el encandilamiento por el sol (4ª. pregt.), reforzando lo dicho al contestar la 7ª. pregunta que, el conductor del Peugeot transitaba con sol de frente. Datos que de ninguna manera favorecen las pretensiones de la recurrente.

En nada han incidido, conforme los argumentos del a quo, los dichos de los testigos V. y G.. Más allá de que los haya descalificado expresamente a fs. 369, 1er. párr. De allí la irrelevancia de la queja.

Pero debe tenerse especialmente en cuenta que la amistad personal del testigo con alguna de las partes –que no es el caso de autos, ya que es una relación social muy atenuada y limitada- no es, por sí mismo, un elemento de invalidación. La amistad debe juzgarse sobre la base de la verosimilitud o inverosimilitud de los hechos; de las explicaciones que da; de la coherencia de sus manifestaciones en concordancia con la textura de los hechos presentados y las otras probanzas obrantes en autos.

Además, la prueba testimonial debe ser valorada en su conjunto y en conjunto con los demás medios de prueba producidos, debidamente examinados de acuerdo con las reglas de la sana crítica y atendiendo para ello a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", 8. Dirección: Elena I. Highton-Beatriz A. Areán, págs. 364 y sgtes. ed. Hammurabi, año 2007 y Jorge L. Kielmanovich, “Teoría de la Prueba y Medios Probatorios", pág. 623 y sgtes., ed. Rubinzal Culzoni. Año 2001). Así, tales declaraciones resultan útiles en cuanto corroboran las circunstancias que se señalan en el croquis policial y no merecen la mínima atención en cuanto introducen opiniones personales en cuanto velocidad aproximada y adelantamientos imprevistos que no encuentran aval en ninguna otra prueba y no resisten a la lógica que emerge del desplazamiento y ubicación posterior al choque y sus daños.

Conforme lo dicho, la accionante ha podido verificar las alegaciones iniciales en cuanto a la mecánica del hecho y la imputabilidad subjetiva formulada en contra de la demandada y ésta no pudo enervar ni atenuar su responsabilidad exclusiva y excluyente. Concuerdo en consecuencia con la opinión de mi colega preopinante, en cuanto a esta cuestión.

El a quo en el p. 6ª) de sus considerandos refiere a las piezas de convicción que le permiten establecer la reparación por el rubro daño emergente, se opone ahora y extemporáneamente la recurrente cuando no fue cuestión sometida a decisión al momento de la traba de la litis (ver fs. 64/69vta.).

Y es que, tal como informan Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Astrea 1987, t.2, pág.256, ap.3: "La negación debe ser categórica y circunstanciada, no siendo suficiente la negativa meramente general. La carga que la ley impone al demandado, referente a la forma en que debe contestar la demanda, es la contrapartida de la que exige al actor a consecuencia de la teoría de la sustanciación, que rige para ambos: lo que la ley quiere es que el demandado se expida concretamente, porque su "comodidad" (si la negativa genérica e indeterminada le fuera permitida), podría engendrar el entorpecimiento del proceso lógico que precede a la sentencia, ya que la respuesta vaga o ambigua pone de manifiesto un artificio defensivo". Ver fs. 64vta. p. 9, sin que le siguiera un desarrollo atendible en cuanto a las razones de la oposición.

La misma crítica merece la apelante en cuanto al rubro pérdida del valor venal del vehículo cuando fue concreta y fundadamente requerida su reparación, beneficiada la pretensión con la pericial que se menciona en el fallo y sin que mereciera impugnación oportuna alguna, en consecuencia la queja actual resulta inaudible.

Los fundamentos de la revisión en cuanto a la privación de uso tampoco resultan atendibles, ya que conforme los fundamentos del fallo no la está otorgando en concepto de lucro cesante sino como daño emergente y en tal sentido se ha dicho que: “La privación del uso del vehículo importa un daño emergente que se presume -las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio- y un lucro cesante que debe ser probado: las ganancias frustradas que se hubieran obtenido en caso de haber podido utilizar el automotor” (ver v. gr. SC Mendoza, sala I, 2003/11/25, LL Gran Cuyo, 2004-151).

En consecuencia, debe presumirse el daño emergente resultante de la privación del uso del automotor por las siguientes razones: a) el automóvil es una cosa naturalmente destinada a ser usada; b) cualquiera sea la actividad de su titular, no puede exigírsele que mientras dura la reparación, use transportes públicos, justificando que viaje en taxi o medios similares; c) la imposibilidad de usar el vehículo produce al damnificado una obvia reducción de sus posibilidades de traslado, ya que en la mayoría de los casos, el propietario no

podrá pagar taxis o automóviles de alquiler y d) las circunstancias precedentes configuran un hecho público y notorio que, como tal, no necesita ser probado (ver fallo citado).

Razonablemente peticionado el rubro daño moral y con sobrados fundamentos que luego merecieron prueba asertiva (ver fs. 46 vta. p. b) y documental médica acompañada más ratificación del hecho por medio de testimonios concordantes) no mereció por parte de su oponente a fs. 65 vta. más que un lacónico desacuerdo con tal pretensión y recién en esta etapa procesal de modo tardío pretende enervar la condena razonable y prudentemente estimada, de allí que le resulten inoponible estos novedosos argumentos (ver, v. gr., en cuanto al punto revisado “Reparación del agravio moral” por Gagliardo, Mariano, publicado en: LA LEY 2009-D, 1307).

Por todo lo expuesto concuerdo con quien abre el acuerdo y propongo que se desestime el recurso de apelación articulado por la vencida y soporte las costas de la Alzada, ya que no existe razón para apartarse del principio de derrota contemplado en el art. 69 CPr. (DJ), difiriéndose la regulación de honorarios al momento el acuerdo.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado en la solución del caso con el Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada M. I. L., fundado a fs. 395/401vta. y confirmar la sentencia de fs. 368/370 vta., en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada a la parte demandada apelante, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales conjuntos de los Dres. J. F. L. G., N. B. L. de E. y G. A. B., en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los regulados por sus labores en primera instancia.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusada de actuar la Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"