

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 6 días del mes de marzo del año 2023. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA, DE MINERÍA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA de la Tercera Circunscripción Judicial, la Dra. María Marcela PÁJARO y los Dres. Emilio RIAT y Federico Emiliano CORSIGLIA, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "**MONCADA, CRISTINA MERCEDES C/ NAHUELQUÍN, JAVIER NÉSTOR Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)**" BA-17991-C-0000, y discutir la temática del fallo por dictar, con la presencia del señor Secretario Dr. Alfredo Javier Romanelli Espil, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, la Dra. PÁJARO dijo:

I. Vienen estos autos al acuerdo para tratar el recurso de apelación interpuesto en fecha 01/08/2022, por la citada en garantía Mapfre Argentina Seguros S.A., contra el pronunciamiento de fecha 27/07/2022. Dicho recurso, concedido libremente y con efecto suspensivo, fue fundado, sustanciado y contestado por la accionante.

II. Antecedentes del caso. La acción corresponde a un pedido de resarcimiento por los daños y perjuicios padecidos por la actora Cristina Mercedes Moncada, como consecuencia de un accidente de tránsito sucedido el 04/11/2016, aproximadamente a la hora 16:00. Según relató, circulaba por calle O Connor en sentido oeste-este, en su rodado dominio FNP 695. Mientras cruzaba calle Onelli fue embestida por un automotor Volkswagen Gol, dominio KTO-734 (KTO-743), conducido por el Sr. Javier Néstor Nahuelquín. Producto del impacto, asevera que su vehículo quedó volcado sobre su costado derecho y que sufrió daños que impiden su uso. Detalló y cuantificó los rubros indemnizatorios que integran su reclamo por un total de \$ 297.240. Fundó en derecho, ofreció prueba y peticionó se cite a Mapfre Seguros S.A. en garantía en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Citadas y emplazadas las partes demandadas, el Sr. Nahuelquín, opuso excepción de falta de legitimación activa, ya que la actora no acreditó ser la titular registral del vehículo dañado. Cumplió con la negativa puntual de los hechos relatados por la actora en su escrito inicial, expuso su versión de los hechos, cuestionó la procedencia y cuantía de los rubros reclamados, fundó en derecho, ofreció prueba. Por último, pidió citar a la

Municipalidad y a Vialidad Rionegrina y/o quién resulte responsable de la señalización vial.

Por su parte, la citada en garantía, Mapfre Argentina Seguros S.A., contestó demanda, planteó la caducidad de instancia por haber transcurrido el plazo previsto por el art. 316 del CPCC.; opuso excepción de falta de legitimación pasiva, dado la inexistencia de vínculo contractual entre ella y el demandado en cuanto al vehículo dominio KTO-734 (KTO-743). Negó los hechos invocados por la actora, dió su versión de lo sucedido relatando la misma situación fáctica que la de su asegurado, cuestionó los rubros reclamados y ofreció prueba.

Luego de producidas y transitadas las etapas procesales pertinentes, el magistrado de grado dictó sentencia desestimando las excepciones articuladas por los demandados e hizo lugar parcialmente a la demanda deducida. En síntesis condenó a Néstor Javier Nahuelquín a abonar a la actora, Patricia Mercedes Moncada Garcia, la suma de \$ 192.500, en concepto de capital (por los rubros tratamiento psicológico y daño moral), con más los intereses que se devenguen hasta el efectivo pago, conforme las pautas fijadas en el punto 4 de los considerandos. Impuso costas al demandado vencido e hizo extensiva la condena a Mapfre Argentina Seguros S.A., en los términos del art. 118 de la Ley 17.418. Por último difirió la regulación de honorarios de los profesionales actuantes, hasta tanto se practique liquidación aprobada.

III. Expresión de agravios. La recurrente solicita se revoque la sentencia de primera instancia, se rechace la demanda a su respecto y se impongán las costas a la contraria. Principia señalando que la sentencia es arbitraria dado que no resulta una conclusión derivada y razonada de las pruebas rendidas. Que el sentenciante realizó una errónea valoración de las pruebas, que rechazó la exclusión de responsabilidad invocada por el demandado Nahuelquín, toda vez que éste no acreditó que la actora se encontraba circulando en contramano al momento del accidente. Que mal puede haber establecido en la sentencia recurrida que: " ... como se puede apreciar de la prueba producida, el vehículo de la actora volcó luego del impacto recibido", presumiendo de allí que el demandado conducía a excesiva velocidad. Resalta que la actora no produjo prueba alguna para acreditar la forma en que ocurrió el accidente, así como tampoco produjo varias pruebas por ella ofrecidas. Agrega, que la carga de la prueba incumbía a la actora en los términos del art. 377 del CPCC.

Que para acreditar la mecánica del siniestro la prueba principal era la pericial mecánica -que no se produjo- a fin de que un experto informe sobre los daños del rodado, comienzo y final de trayectoria de los vehículos, velocidades, prioridades de paso, embistente y embestido etc. Tampoco se aportaron testigos presenciales.

Considera que el juez de grado razonó en forma contradictoria al meritar la prueba producida, pues rechazó la calidad de titular registral de la actora, poseedora legítima y/o tenedora del rodado dominio FNP 695 y también rechazó la eximente invocada por el demandado por no haber acreditado dicho extremo.

Luego, sostiene que el sentenciante no puede hacer lugar a la demanda por daños sin una sola prueba que acredite su efectiva existencia, ni el modo de graduarla. Que solo se generaron daños materiales sobre el rodado, no así sobre la integridad física de la actora y que lo que debe indemnizarse son los daños reales y no las potenciales. Cuestiona la fijación de daño moral.

En tercer orden, impugna el monto fijado en concepto de daño psíquico dado que la demanda no debería haber prosperado, atento la desidia y orfandad probatoria existente.

En último lugar cuestiona la imposición de costas.

IV. Respuesta a los agravios: La actora solicita se rechace la apelación y se confirme la sentencia de primera instancia. Luego, esgrime que los agravios expuestos no contienen una crítica concreta y razonada, respecto de lo decidido por el a quo y que solo evidencia desacuerdo y disconformidad con el decisorio.

V. Análisis y solución propuesta. En primer orden, debo señalar que la sanción de deserción esgrimida por la actora es improponible. Los agravios expuestos por la citada en garantía conforman la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del Código Procesal, a lo que debe añadirse la amplitud de la garantía en defensa en juicio, y el criterio restrictivo que rige en esta materia, todo lo cual se endereza hacia la falta de deserción del recurso (Cfr. Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t II, p. 101/102).

Ingresando entonces al fondo del asunto, advierto que el sentenciante, para establecer la responsabilidad del demandado, consideró que la eximente de responsabilidad invocada debió ser probada. Igualmente descartó que el demandado

podiera liberarse de responsabilidad por la sola circunstancia de circular por la derecha, pues tal prioridad de paso no es absoluta, dado que la ley de tránsito establece también el deber de circular con atención. El conductor debe circular con cuidado y previsión, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Toda maniobra debe realizarse con precaución, sin crear riesgo alguno. (art. 39 de la Ley de Tránsito).

Sostuvo también que de la prueba producida se deduce que el vehículo de la actora volcó tras el impacto recibido lo que lo llevó a presumir que el demandado conducía a excesiva velocidad. Agregó además que como la actora conducía en sentido este-oeste, al llegar a la intersección de calles tenía prioridad de paso,

Tanto la parte actora como la demandada reconocen la producción del accidente de tránsito, coinciden que el mismo ocurrió entre los vehículos y personas involucradas, como así también las circunstancias de tiempo y lugar. Sin embargo, disienten respecto a la mecánica del hecho y la responsabilidad que recíprocamente se atribuyen y en cuanto a los daños y perjuicios reclamados por la Sra Moncada.

Relató la accionante que el accidente tuvo lugar cuando circulaba por la calle OConnor en sentido oeste-este, en su rodado dominio FNP 695. Que al cruzar la calle Onelli fue embestida por el rodado Volkswagen Gol, dominio KTO-734 (KTO-743), conducido por Nahuelquín. Que producto del impacto su vehículo quedó volcado por completo sobre su costado derecho y que sufrió daños que impiden su uso.

Por su parte la demandada y citada en garantía contestan, en total oposición a lo expuesto, y sostienen que el demandado se encontraba conduciendo atenta y reglamentariamente el automóvil de su propiedad, dominio KTO-743 por la calle sentido sur-norte a velocidad reglamentaria. Al llegar a la intersección con la calle OConnor, resultó violentamente embestido por el automóvil dominio FNP-695 conducido por la Sra. Moncada, cuya titularidad desconoce. Que circulaba a velocidad reducida por encontrarse en compañía de su hijo menor y que la Sra. Moncada venía por su izquierda por lo cual él tenía prioridad de paso en los términos del art. 41 de la Ley de tránsito 24.449.

De las constancias probatorias rendidas en estas actuaciones y de la providencia de certificación de prueba de fecha 30 de marzo de 2022 surge lo siguiente: a) Que en cuanto a la prueba informativa ofrecida por la actora, se hizo lugar al acuse de

negligencia efectuada por la aquí recurrente. b) Que se decretó la caducidad de la prueba testimonial de la Sra. Erica Piest ofrecida por la actora. c) Que no se le recibió declaración testimonial al Sr. Carlos Calisaya, por tratarse del hijo de la actora, quedando excluido por las generales de la ley. d) Que la actora desistió del testimonio de la Sra. Benitez. e) Que en relación a las pruebas periciales accidentológica y contable, a pedido de la recurrente, se declaró negligente a la actora. f) Que únicamente se produjo la prueba pericial psicológica. g) Asimismo del testimonio del Sr. Tomas Crnak (acta del 06/04/2021), surge que no presenció el hecho pues concurrió al lugar del accidente cuando este ya había ocurrido.

Con el relato de los hechos y la documentación agregada en autos puede establecerse lo siguiente:

1) Moncada circulaba por la calle OConnor en sentido oeste-este, conduciendo el rodado dominio FNP 695;

2) Nahuelquín conduciendo el dominio KTO-743 circulaba por la calle Clemente Onelli cuyo sentido de circulación es sur-norte;

3) El siniestro se produjo en la intersección de las calles O'Connor y Onelli;

4) El rodado dominio KTO-743 se encontraba asegurado en la compañía Mapfre Seguros S.A.;

5) No hubo lesionados como consecuencia del accidente;

6) La prioridad de paso establecida por el art. 41 de la Ley de tránsito 24.449, le correspondía al demandado, quien circulaba por la calle Onelli cuyo sentido de circulación es sur-norte, mientras que la actora circulaba por la calle O'Connor, en sentido oeste-este;

7) Ninguna probanza de autos permite conocer la velocidad de circulación del automotor dirigido por Nahuelquin.

Al no haberse realizado la prueba más relevante y reveladora en materia de accidentes de tránsito, cual es el peritaje accidentológico, no puede conocerse con un grado razonable de certeza, la mecánica del accidente. "Esta pericia busca determinar como ocurrió el accidente y también es fundamental para acreditar y cuantificar ciertos daños (reparaciones, privación de uso, disminución de valor de reventa, etc.).

Fundamentalmente, este perito accidentólogo va a relacionar las constancias de los expedientes con ciertas fórmulas de la Física, a fin de efectuar una reconstrucción de los hechos e intentará determinar si la versión (o versiones) de los hechos expuestos en la demanda y su contestación guardan coherencia con las leyes de la física”. (Cfr. Jorge Oscar Rossi. Responsabilidad Civil & Daños. 3º Edición actualizada y aumentada según el nuevo Código. Pág 610).

La regla general de la carga de la prueba impone la demostración de los hechos constitutivos a quien afirma su existencia. Máxime por cuanto, aún cuando en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas basta con acreditar el contacto material entre el hecho de la cosa y el daño, este precepto se complejiza cuando se ven involucradas -como en este caso- dos cosas riesgosas a saber, dos automotores.

Los jueces, por otra parte, no podemos suplir la actividad probatoria de los litigantes sin afectar la regla del debido proceso. En otras palabras, la accionante debió probar que el hecho del demandado fue condición necesaria del perjuicio por ella esgrimido, tal como lo estipula el art. 377 del CPCC.

En este sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que “Ante la negativa general y expresa de los demandados recae sobre la parte actora la carga de probar la existencia del hecho dañoso y su relación causal, prueba que resulta esencial para la procedencia de una indemnización resarcitoria de daños y perjuicios. La prueba del daño y de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe al pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del CPN (Roberto H. Brebbia, Hechos y actos jurídicos, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 141; Roberto A. Vázquez Ferreyra, Responsabilidad por daños. Elementos, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 226 a 230; Jorge Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, N° 606 y 607, p. 269 -Cfr. CPC y C de La Nación, comentado y anotado por Roland Arazi-Jorge A. Rojas, Tomo I, pág. 569 y 570, ed. Año 2015-.).

De tal manera, sobre los hechos así definidos y ante la orfandad de la prueba reunida en estos actuados y no habiendo otras variables acreditadas a fin de ponderar en este caso en particular (velocidad, exceso de velocidad del demandado, ausencia de elementos de protección, mecánica y forma en que habría ocurrido el accidente,

distancias recorridas por los rodados, etc.), discrepo con el sentenciante de grado, pues entiendo que no se le puede endilgar la responsabilidad siniestral al demandado. En consecuencia corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada en todas sus partes incluyendo los rubros indemnizatorios dispuestos por el aquo en la sentencia impugnada (daño moral y tratamiento psicológico).

Asimismo no puedo soslayar que la descripción del hecho que realiza el juez contiene una confusión en un punto clave, tal el sentido de circulación de la actora. En la parte argumentativa o "holding" del fallo, se hace referencia a la circulación Este/Oeste y también Este /Oeste, lo que modifica sustancialmente la situación en función de la regla de prioridad de paso.

En cuanto a la afirmación de que la prioridad de paso no es absoluta, esto no es lo que la Ley de Tránsito 24449 dispone. Dice el art. 41 que la prioridad de paso en una encrucijada corresponde al conductor que proviene desde la derecha y otorga a este principio carácter absoluto con la salvedad de las excepciones expresamente contempladas.

En efecto, según los dichos de la propia actora -consentidos por la contraria-, ella circulaba por la calle O'Connor en sentido oeste-este, y en virtud de la regla de prioridad de paso para quien se presenta desde la derecha, tal prioridad le correspondía al demandado. Por ende, la Sra. Moncada debió ceder el paso al vehículo del Sr. Nahuelquin, quien se encontraba circulando a su derecha.

Para que este principio al que la ley asigna calidad de absoluto ceda, no basta suponer que la velocidad del demandado era elevada. La apreciación judicial subjetiva no puede prevalecer sobre la norma y aún cuando se admitan los elementos de convicción indirectos o indicios, estos deben ser unívocos y no contraponerse con una disposición legal concreta.

Tampoco aplica el principio que beneficia a la parte actora en cuanto a la presunción que proviene de la teoría del riesgo creado, el que encuadra en los arts. 1757 y 1769 del CCyC, ya que se produce el quiebre de la relación causal por la culpa exclusiva de la actora, claro está y a riesgo de ser reiterativa, por no haberse producido prueba en contrario.

A mayor abundamiento, esta interpretación que propugno surge de la doctrina

vigente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. El Tribunal tiene dicho que "... las reglas de la circulación vehicular no pueden quedar libradas a la interpretación de los conductores y/o a la que realicen los Jueces, en un determinado contexto fáctico. Deben estar estipuladas por la ley y ser conocidas de antemano por la ciudadanía, y en tal cometido, la Ley 24.449 en su art. 41 señala, al menos en dos ocasiones, lo absoluto del principio de la regla adoptada respecto de la prioridad de paso que posee quien circula por la derecha; primero cuando dice que "debe ceder siempre" y luego cuando califica la prioridad como "absoluta"..... "En el marco de la dinámica vehicular, el carácter decisivo de la prioridad de paso por la derecha se asemeja al que tienen las señales lumínicas de un semáforo, de modo tal que al igual que no se discute que quien se enfrenta al semáforo en rojo debe detener su marcha, la prioridad de paso por la derecha impone como conducta la necesidad de disminuir sensiblemente la velocidad para el caso de requerir que el vehículo deba detenerse por completo", (Cfr. Sentencia 44, de fecha 06/06/2018, en autos: "PINO, ADALBERTO ADAN Y OTRA C/ FLORES JUAN ALEJANDRO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACION", PS2-309-STJ 2017).

Por último, los honorarios deben regularse sobre la base histórica del reclamo sin intereses, conforme doctrina obligatoria del STJ ("Morete") y dado que el monto de \$ 297.240 plasmado en la demanda resulta exiguuo, deben tomarse los mínimos legales del art. 9 de la Ley Arancelaria para los procesos de conocimiento.

En síntesis: por todo lo meritado propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía y en consecuencia revocar la sentencia de primer instancia en todas sus partes. II) Imponer las costas de primera y segunda instancia a la actora en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.). III) Regular los honorarios de primera instancia en el equivalente a 10 ius a los letrados de la actora, Puchy y Gallardo y en el equivalente a 15 ius al Dr. Matias J. Marzitelli, en representación de la citada en garantía, en su doble carácter (como apoderado y patrocinante). Al Dr Brandi Camejo, por la etapa cumplida en primera instancia, se le regula el equivalente a 5 ius. IV) Por las tareas de segunda instancia se regula al Dr Marzitelli el 35% de lo regulado por las tareas de primera instancia, en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A. y su calidad de vencedor. V),Al Dr Gallardo, se le regula el 25% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia. VI) Dejar constancia de que la presente se protocolizar y notifica en los

términos de la Ac 36, Anexo I. Punto 9. VII) Devolver oportunamente a origen.

A la misma cuestión, el Dr. RIAT dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. PÁJARO.

A igual cuestión, el Dr. CORSIGLIA dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCC).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa,

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía y en consecuencia revocar la sentencia de primer instancia en todas sus partes.

Segundo: Imponer las costas de primera y segunda instancia a la actora en virtud del principio normativo del vencimiento objetivo (art. 68 del CPCC.).

Tercero: Regular los honorarios de primera instancia en el equivalente a 10 ius a los letrados de la actora, Puchy y Gallardo y en el equivalente a 15 ius al Dr. Matias J. Marzitelli, en representación de la citada en garantía, en su doble carácter (como apoderado y patrocinante). Al Dr Brandi Camejo, por la etapa cumplida en primera instancia, se le regula el equivalente a 5 ius.

Cuarto: Por las tareas de segunda instancia se regula al Dr Marzitelli el 35% de lo regulado por las tareas de primera instancia, en función de lo dispuesto por el art. 15 de la L.A. y su calidad de vencedor.

Quinto: Al Dr Gallardo, se le regula el 25% de los honorarios regulados por las tareas de primera instancia.

Sexto: Dejar constancia de que la presente se protocolizar y notifica en los términos de la Ac 36/22 Anexo I, punto 9.

Séptimo: Devolver oportunamente a origen.