

Accidente De Transito Calidad De Embistente Prioridad De Quien Circula Por La Derecha

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Calidad de embistente. Prioridad de quien circula por la derecha Se modifica el monto de condena y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, ocurrido al colisionar una motocicleta y un furgón. En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a veintiún días del mes de febrero de 2017, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Doctores Guillermo Ribichini, Abelardo A. Pilotti y Leopoldo L. Peralta Mariscal, para dictar sentencia en los autos caratulados: ?MALLEMACHI, GUILLERMO WALTER c/ PIZARRO HORACIO ALBERTO y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIO?, Expediente 147.188, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Pilotti, Peralta Mariscal y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia dictada a fs. 479/483 vta.? 2da.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTIÓN EL Sr. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: 1.- Guillermo Walter Mallemachi demandó por daños y perjuicios contra Horacio Alberto Pizarro y Cristina Beatriz Oviedo. Pidió se cite en garantía a la Compañía de Seguros Provincia Seguros S.A. y a Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. Relató que el 9 de octubre de 2009 a las 7:30 hs. aproximadamente circulaba en su motocicleta marca Honda modelo NXR125, dominio 388DCF en la ciudad de Punta Alta por calle Roca en el sentido de circulación y por el lado medio de la calzada, cuando al arribar a la intersección con calle Islas Orcadas el demandado, al mando del vehículo marca Iveco modelo Turbo daily 35.10 tipo Furgón dominio CJQ 792, intempestivamente y prepotentemente acelera a fin de atravesar la encrucijada por delante de la motocicleta, produciéndose la colisión. Imputó responsabilidad al conductor y propietario del rodado mayor (arts. 1.113 y 1.109 del C. Civ), y a la propietaria de la motocicleta. Describió y cuantificó los reclamos. A fs. 111 desistió de la acción contra Cristina Beatriz Oviedo y la citada en garantía Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A. 2.- A fs. 150 se presentó la representante de la Compañía de Seguros Provincia Seguros S.A contestando la demanda. Reconoció que la póliza se encontraba vigente a la época de los hechos denunciados. Negó los hechos relatados en la demanda. 3.- A fs. 174 se presentó Horacio Alberto Pizarro contestando la demanda. Negó los hechos relatados en ella y dio su propia versión. Dijo que circulaba al mando del furgón Iveco por calle Islas Orcadas en sentido descendente de su numeración y al arribar a la encrucijada con calle Roca, disminuyó la marcha hasta detener el vehículo, y al no advertir la presencia de rodado alguno continuó con el cruce y al culminar el mismo advirtió una moto que circulaba por calle Roca, por su mano derecha a unos 50 metros de distancia, y solo quedando la parte trasera del rodado a la altura de la calle Roca escuchó un estruendo y vio una moto tirada a unos pocos metros detrás del Furgón. La moto circulaba a elevada velocidad. Atribuyó la responsabilidad al conductor de la moto. Ofreció prueba y pidió el rechazo de la demanda. 4.- A fs. 202 se abrió la causa a prueba y producida la misma, a fs. 479 se dicta sentencia en la que la Señora Juez a quo hace lugar a la demanda por la suma de ochenta y ocho mil pesos, más los intereses que paga el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días desde la fecha del ilícito y hasta la de su efectivo pago, difiriendo para la oportunidad dispuesta por el art. 165 del CPCC el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente. Inicialmente tiene por no controvertida la existencia del siniestro, sus participantes, su lugar y fecha, así como que la causa penal iniciada en su consecuencia fue archivada por falta de prueba sobre la existencia del hecho ilícito, por lo que considera pertinente en sede civil apreciar ?la conducta del imputado y derivar de allí una condena pecuniaria respecto del hecho denunciado.? Seguidamente analiza los testimonios y las pericias técnicas, la realizada en sede penal (fs. 305) de la que ?surge que el rodado marca Iveco dominio CJQ 792 presentó un impacto en el sector trasero derecho afectando el guardabarros y el paragolpes? y la moto ?desviación de manubrio, guiño delantero derecho, raspones sobre el guardabarros delantero, rotura de óptica y foco delantero y raspones en general sobre el lateral derecho por la acción de arrastre. Revistiendo la Iveco el rol de embestido físico mecánico y la moto el rol de embistente físico mecánico?, y la presentada en autos (fs. 429) según la cual se trató de un ?choque fronto-lateral donde el rodado menor revistió el carácter de embistente y el mayor el embestido (punto 2 y 8)?. No encuentra en esta prueba elementos suficientes ?para endilgar responsabilidad a uno u otro atento que en el caso no se ha podido establecer como fue la mecánica del hecho y además cuando jugaba la prioridad de paso en el cruce?. Considera entonces que ?de autos surge que la prioridad de paso le correspondía a la moto ya que cruzaba desde la derecha -croquis de fs. 297- (art. 57 inc. 2 del Cod. de Tránsito)?, y que ?el actor no ha demostrado la culpa del demandado y el demandado no ha podido demostrar la culpa de la víctima

para exonerarse de responsabilidad y sumado que la prioridad de paso le correspondía a la motocicleta tratándose de dos vehículos en movimiento deberá responder por 'el riesgo creado por las cosas' art. 1113 del C.Civ parte final del segundo párrafo?, extendiéndola a la citada en garantía en los términos del art. 118 de la ley 17.418. A continuación analiza los daños reclamados, resolviendo que el rubro 'INCAPACIDAD SOBREVINIENTE' procede por cuanto se determinó en autos (pericia médica del Dr. Ariel Enrique Muzi a fs. 424/427) una incapacidad del actor, derivada del siniestro del 49%, pero tratándose 'de un accidente 'in itinere' -fs. 457/462-, a fin de evitar la superposición de indemnizaciones que constituyan una fuente de lucro para el actor y establecer el monto que deberá prosperar por este rubro acudiendo al mecanismo del art. 165 del CPCC, deberá denunciarse en autos si se recibió una indemnización en el marco de la ley 24.557 y los conceptos de la misma?, difiriendo así su cuantificación. El pedido de 'GASTOS MEDICOS Y FARMACEUTICOS' lo admite por la suma de \$3.000 por cuanto existen 'ciertos gastos que por la naturaleza e importancia de las lesiones no exigen su comprobación documental'. Por 'LUCRO CESANTE' el actor reclamó \$36.800 dejados de percibir durante el tiempo de recuperación en que se vio privado de la labor periodística a nivel de radio y televisión (7 meses), de los que la a quo considera acreditados la suma de \$35.000. La reparación de la 'PERDIDA DE CHANCE' es rechazada por no encontrar acreditada en el proceso ninguna de las propuestas por el actor que dijo perdidas. Finalmente, el 'DAÑO MORAL' lo admite en atención a que 'las lesiones le provocaban dolor de intensidad variable que en algunos casos no cedían con lo[s] analgésicos?', que 'el actor presenta dificultades para la deambulación y dolor al incorporarse y al permanecer mucho tiempo de pie? y 'presenta marcha dificultosa?', concediendo por el rubro 'la suma de \$50.000 -art.165 C.P.C.?'.

5.- Contra dicho pronunciamiento se alza el actor a fs. 491/492 sosteniendo su recurso con el memorial de fs. 514. También apela la sentencia la citada en garantía (fs. 501/502) quien presenta su memorial a fs. 521, replicado por el actor a fs. 529. 6.- Cuatro agravios trae a esta instancia el actor: 6.1.- En primer término se queja del diferimiento de la determinación del monto indemnizatorio en concepto de 'incapacidad sobreviniente' por considerar que surgen de autos la totalidad de los requisitos para su cuantificación sin perjuicio de deducirse en el momento de liquidarse la deuda lo percibido en el marco de la ley 24.557. Argumenta que se debió recurrir a los cálculos actuariales para obtener el valor actual de la renta de que se ve privado por la minoración de su capacidad laboral, estableciéndose las variables utilizadas que le permitieran un ejercicio pleno del derecho de defensa. Solicita la determinación del rubro mediante las siguientes variables: 49% de incapacidad que sí se fijó en sentencia, la que oportunamente dice haber consentido y ratifica; \$20.908 de ingresos mensuales a valores actuales computando los \$13.348 que surgen a fs. 488 como dependiente de la Armada Argentina, más \$7.560 equivalentes al salario mínimo vital móvil por comparación con el vigente a octubre de 2009 (\$1.440) en que percibía \$2.240 y \$2.200 acreditados a fs. 464 y 467 por su desempeño como periodista deportivo; 30,47 años de expectativa de vida según las tablas de mortalidad 2008/2010 publicadas por el INDEC; y finalmente una tasa de interés del 4% anual. 6.2.- En segundo lugar se agravia del rechazo del rubro pérdida de chance, limitando el agravio a su continuidad en la labor periodística de la que la a quo dice que no se acreditó en autos la imposibilidad de continuar con ella, frente a lo que el apelante arguye que no se trata de una certeza sino solo de la pérdida de chance de ello, por lo que si pudiera probar lo exigido en sentencia el reclamo sería de lucro cesante y no de chance. Sostiene que hay un alto grado de probabilidad de haberse mantenido en las referidas tareas si no hubiera ocurrido el accidente, por lo que peticiona se le reconozcan por los dos primeros años un 80% de posibilidad de continuar con los pertinentes ingresos y un 40% para el subsiguiente, totalizando la suma de \$120.000. 6.3.- El tercer agravio ataca, por exiguo, el monto fijado en concepto de daño moral. Inicialmente cuestiona que la sentencia parta de considerar que solicitó por tal concepto 130.000 cuando petitionó dicha suma 'o lo que en más o en menos justiprecie S.S y resulte de las probanzas de autos?', lo que resulta compatible con lo resuelto en el plenario Scarabotti. También cuestiona que se entienda que este daño no es susceptible de concretas valoraciones objetivas determinándolo en la suma de \$50.000, apartándose del pedido de justipreciarlo 'estableciendo una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida?'. Con sustento en precedentes de esta tribunal concluye peticionando el valor necesario para adquirir un automóvil de gama media (Fiat Siena, Chevrolet Classic) incluidos los gastos de traslado y patentamiento.

6.4.- Finalmente se agravia de la tasa bancaria fijada como accesorio del capital de condena hasta el momento del efectivo pago, determinada en sentencia en la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días solicitando sea modificada, mandando pagar la que tal banco otorga en el denominado 'plazo fijo digital'. 7.- Se agravia la accionada tanto de la imputación de responsabilidad como de los distintos montos indemnizatorios. 7.1.- Comienza la citada en garantía agravándose de la sentencia por haber admitido la demanda, imputándole a Pizzarro la responsabilidad por el hecho debatido en autos. Considera que debiendo probar cada parte los presupuestos de su pretensión, Mallemaci no logró acreditar la veracidad de su versión del siniestro; además la sentencia efectúa una incorrecta apreciación de la prueba pues en autos se encuentra acreditada la culpa de la víctima. Valora para ello los testimonios de Bustamante (fs. 356) y Businkas (fs. 365) cundo este último dijo que 've cuando la moto va e impacta con la parte de atrás de la Iveco?'. Destaca que la prueba pericial en sede penal dictaminó que el rodado mayor

¿presentó un impacto en el sector trasero derecho afectando el guardabarros y el paragolpes? ¿Revistiendo la Iveco el rol de embestido físico mecánico y la moto el rol de embistente físico mecánico?. Dictaminando en igual sentido el perito ingeniero mecánico Medina en estos autos. En función de ello cuestiona que la a quo considere que no hay elementos para establecer la mecánica del hecho, entendiendo que se encuentra acreditado que el rodado menor fue el embistente, que el mayor se encontraba más avanzado en el cruce de las arterias? y que por las lesiones sufridas por el actor se infiere que circulaba a elevada velocidad. Argumenta seguidamente en torno a la prioridad de paso, la que considera que no es absoluta con cita de doctrina. Dice no pretender relativizar el principio, pero que existen situaciones tales como el exceso de velocidad que importan hacer responsable al incumplidor de la norma que la limita. Explica lo que sería la razón de la prioridad de paso (la mayor visibilidad hacia el lado derecho) por lo que el exceso de velocidad la alteraría pues ¿Sería así totalmente irrazonable, exigirle a alguien que ceda el paso a quien no puede ver.? Agrega respecto de la velocidad que el actor tenía ingreso a su trabajo a las 07:00 hs. y el accidente ocurrió media hora después, lo que evidenciaría que conducía sin la diligencia y velocidad exigibles, resultando inverosímil que no haya visto al rodado mayor con las dimensiones del mismo. Concluye así en que el actor no acreditó la culpa del demandado y su parte sí acreditó la del actor, exonerándola de responsabilidad conforme el propio art. 1113 del CC. 7.2.- Seguidamente se agravia, aunque sin decirlo, se entiende que en subsidio, de los rubros indemnizatorios admitidos. 7.2.1.- Respecto de la incapacidad sobreviniente, sostiene que el propio Mallemaci reconoció haber percibido una indemnización por este rubro en virtud de la ley de Riesgos de Trabajo, y siendo que la ley 24557 en su art. 4 le permite al damnificado optar en forma excluyente entre tal indemnización o por otros sistemas de responsabilidad, no siendo ambos acumulables, no puede pretender una nueva indemnización por el mismo daño, con el consecuente enriquecimiento sin causa. 7.2.2.- Se agravia en segundo lugar de la admisión del rubro gastos médicos y farmacéuticos por entender, con sustento en el criterio del tribunal colega de la ciudad de La Pata, que contando con obra social y siendo atendido en el Hospital de la Armada Argentina no corresponde acceder al pedido si no acreditó el gasto, ¿a pesar de tratarse de una suma exigua?. 7.2.3.- Cuestiona también el reconocimiento del lucro cesante por la suma de \$35.000 fundado en que durante la recuperación se habría visto el actor privado de desarrollar su labor como periodista. Argumenta al respecto que el reconocimiento solo procede si se acredita sin dudas para el Juez que el damnificado se encontraba en una situación fáctica y legal tal, que lo llevaría a obtener dicho beneficio. En el caso Mallemaci solo acreditó mediante informes que en los programas de radio y TV un porcentaje de las pautas publicitarias se les abonaba como contraprestación por la cesión del espacio televisivo y radial, sin acreditarse qué montos de ellas percibía ¿si es que las percibía?. Agrega finalmente que tampoco acreditó la manifestada imposibilidad de continuar con tales actividades durante su recuperación. 7.2.4.- Finalmente, respecto del daño moral, tras describir el monto y fundamento de la a quo al reconocerlo sostiene que el rubro ¿no escapa a la regla de que todo daño debe ser probado?, y si bien el art. 165 del CPCC faculta al juzgador a determinar el monto de la condena lo hizo de manera ¿completamente discrecional e infundada?. Refiere luego las presunciones derivadas del siniestro respecto de la responsabilidad en función de la norma del art. 1113 del CC, lo que no impide apreciar el comportamiento de la víctima, a quien le asigna ser la ¿causa exclusiva del daño?. Luego refiere la vaguedad del dictamen de la Dra. María Florencia Martella (pericial psicológica), argumentando con cita de doctrina el modo en que han de valorarse los dictámenes periciales, concluyendo en que la falta de impugnación a la pericia, no obsta a la del rubro. 8.- Al responder los agravios el actor, solicita en primer término que se los declare abstractos dado que al integrar con el accionado un litisconsorcio facultativo y no habiendo este apelado la sentencia, la misma se encuentra firme a su respecto (sin perjuicio de las modificaciones que en su beneficio solicita en su propio memorial) por lo que su apelación no puede tener efecto expansivo y por la garantía de indemnidad que le debe al asegurado deberá afrontar la condena en su contra. En subsidio responde profusamente los agravios de la aseguradora defendiendo la sentencia en tanto lo beneficia sin agregar elementos novedosos de juzgamiento por los que no se los referencia sin perjuicio de valorarlos al resolver. 9.- Inicialmente corresponde destacar que resulta aplicable al caso el Código Civil (CC) y no el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN, Ley 26.994), pues tratándose de sentencia declarativa de los derechos que se pretenden originados en un hecho anterior a la entrada en vigencia de este último (el 1° de agosto de 2015), la litis ha de ser juzgada por la normativa de fondo vigente al tiempo de ocurrencia del siniestro (9 de octubre de 2009), según lo prevé el propio art. 7 del nuevo CCCN, pues lo contrario importaría la aplicación retroactiva de la ley sin que ello esté previsto. 10.- Siguiendo un orden lógico se atenderá en primer lugar el argumento de la actora que pretende se declaren abstractos los agravios de la accionada, y solo en su caso se analizarán entonces lo de esta atinentes a la responsabilidad atribuida en primera instancia, para luego y solo de corresponder atender a los de ambas partes contra los rubros y valores indemnizatorios. 10.1.- Si bien el cuestionamiento del actor respecto de la legitimación de la aseguradora para apelar la sentencia que dejó consentida su asegurado era la doctrina de la Suprema Corte de Justicia hasta el año 1997, sabido es que desde entonces (aunque primero solo por mayoría) el cimero tribunal considera legitimada a la citada en garantía para cuestionar el fallo de grado con independencia de la postura asumida por su asegurado. Ha dicho al respecto que ¿la

relación constituida entre el demandado y su asegurador, genera a favor de éste una legitimación procesal que lo faculta -con autonomía de la actitud seguida por aquél- para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el gravamen que como presupuesto requiere dicha vía de impugnación, está dado desde el punto de vista subjetivo para todos aquellos a quienes alcanza los efectos de la cosa juzgada de la defensa.? (SCBA, Ac 59366, 10/06/1997 Juez HITTERS (MA), modificando doctrina sustentada en Ac. 34.435, Ac. 34.388, Ac. 39.505, Ac. 43.067, Ac. 43.080, Ac. 43.703, Ac. 45.619, Ac. 51.937, Ac. 52.187 y Ac. 55.654; DJBA 153, 310, DT 1997 B, 2166, JA 1997 IV, 633, LLBA 1997, 1103). Esta postura es mantenida en la actual composición en tanto se dijo que ?la aseguradora está facultada -con autonomía de la actitud asumida por el demandado- para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el eventual débito de responsabilidad en cabeza del demandado repercutirá en forma directa e inmediata sobre un interés personal y originario de la aseguradora que deberá afrontar con su patrimonio: la obligación de mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.418).? (SCBA, C 96521, 30/06/2009). Esta doctrina, mantenida aún con posterioridad al fallo que el actor cita de la Corte Suprema de Justicia Nacional (Avila c/ Rodríguez de agosto de 2004), es la que corresponde aplicar al caso de autos, por lo que resulta pertinente tratar los agravios traídos a esta instancia por la aseguradora.

10.2.- El recurso de la citada en garantía contra la atribución de responsabilidad decidida en la instancia de grado no ha de prosperar. Ni la calidad de embistente mecánico de la motocicleta, ni la consecuente de embestido del rodado mayor, ni la supuesta posición más avanzada del segundo en el cruce resultan suficientes para atribuir al actor la calidad de culpable (parcial o total) del siniestro en los términos exigidos por el art. 1113 del CC para interrumpir el nexo causal entre el riesgo creado por el furgón Iveco y los daños sufridos por Mallemaci. El art. 41 de la Ley Nacional 24.449, aplicable al caso por ser la vigente al momento del siniestro en virtud de la remisión del art. 1 de la Ley Provincial 13.927, establece que: ?Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta...". Esta norma, reiteración de las previsiones ya contenidas en anterior legislación (decreto 40/07, ley 11430 etc.), instituye en el tránsito urbano la llamada regla de oro con una adecuada, simple y sabia solución, consistente en que al llegar a una bocacalle no semaforizada, salvo las excepciones taxativamente previstas por la propia ley (art 41) tiene derecho a pasar primero quien circula desde la derecha, debiendo cederle el paso quien lo hace desde la izquierda, de modo tal que alternativamente, cuadra a cuadra, cada conductor tendrá en una ocasión el derecho de paso y en la otra la obligación de cederlo, en tanto así estén previstas las manos de circulación. Ello así el conductor de la Iveco debió cerciorarse al arribar a la encrucijada donde ocurrió el siniestro que desde la mano derecha de la transversal que habría de cruzar no venía vehículo alguno, y solo entonces continuar la marcha. En dicho contexto, y analizada la cuestión al amparo de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA: 101.402 del 11/8/2010; C107097 del 27/06/2012) en tanto reconoce que esta prioridad es absoluta, no obstante lo cual indica que no se ha de convertir en un "Bill de indemnidad" y corresponde analizar las restantes circunstancias y reglas eventualmente violadas, no se advierte en autos que exista prueba para endilgar al actor una actitud tal, capaz de interrumpir el nexo causal entre el riesgo y el daño (art. 1113 del CC), pues rigiendo la referida prioridad solo pudo ser calificada de culpable su conducta si se hubiera acreditado un desplazamiento a una velocidad tan extrema que le hubiera impedido a Pizarro advertir su presencia, u otras circunstancias excepcionales, pero ello no surge del proceso. Confunde en lo sustancial la aseguradora la carga de la prueba dado que ante la clara previsión del art. 1113 del Código Civil, a cuyo amparo corresponde juzgar el hecho en cuestión dado que se trata del embestimiento entre dos cosas riesgosas por el que se produjo daño, solo se puede eximir acreditando el presupuesto de la excepción en la misma norma contemplado (la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder), pues Mallemaci, con solo los términos en que quedo trabada la litis ya logró tener por no controvertidos los presupuestos de su acción. Nada logró en el sentido indicado la accionada. Si bien el testimonio de fs. 365 de Sosa, poco agrega para dilucidar la mecánica del accidente, lo cierto es que a la pregunta, precisamente de la parte demandada respecto de qué vehículo estaba más cerca del cruce, respondió que ?Sería la moto porque me fijé si tenía tiempo antes de pasar, de eso me acuerdo perfectamente?, con lo que, no existiendo razón alguna para descreer de las afirmaciones de la testigo, y reforzada su credibilidad por la razón de sus dichos y tratarse de la respuesta a una pregunta de la accionada (no del actor ni comentario espontáneo de la testigo), vemos que ni siquiera se logra acreditar esa supuesta preferencia por haber arribado primero el rodado mayor, aunque recordemos, como largamente ya se explicó la prioridad de paso es absoluta legislada en favor de quien llega desde la derecha sin que dependa de la mayor o menor simultaneidad con que lo hagan pues para ello deberían existir sensores especiales que lo determinen. Lo cierto es que lejos está de acreditarse una supuesta pérdida de la prioridad de paso de la moto por el adelantamiento que llevaba la Iveco, sino todo lo contrario, lo que hace pensar incluso en un exceso de velocidad del rodado mayor que se suma a la falta de respeto de la regla de tránsito antes comentada, lo que demuestra, no la culpa de Pizarro que no nos encontramos indagando, sino la absoluta falta de prueba de que Mallemaci hubiera incurrido en algún grado de ella con entidad para interrumpir el nexo causal entre el riesgo y el daño causado. Tampoco agrega algo en favor de la accionada la declaración de Businkas cuando declara (en coincidencia con lo dictaminado por los expertos) que la moto impactó la parte de atrás de la Iveco púes con ello

pretende la apelante volver al machacón argumento de la pretendida pérdida de la prioridad absoluta por el mayor adelantamiento, circunstancia no prevista en la ley, donde en el ya citado art. 41 leemos que esa prioridad "sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista. Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando:- 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre.?"

10.3.- Desestimada la queja sobre la responsabilidad, corresponde atender las atinentes a los rubros y valores indemnizatorios.

10.3.1.- El primero en este sentido de la aseguradora no ha de prosperar. Contrariamente a lo que alega, la ley de Riesgos de Trabajo no legisla de modo excluyente la elección entre la vía indemnizatoria allí prevista y la que se pueda seguir por otras vías como la presente. Establece al respecto el art. 39 de la Ley 24557 bajo el título de "Responsabilidad civil" en su inciso 4: "Si alguna de las contingencias previstas en el artículo 6 de esta ley hubieran sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado.?" En consecuencia, más allá de la deducción allí indicada, lo que es tema de expreso tratamiento en el presente ante otro agravio traído por la parte actora, la presente acción no quedó en modo alguno excluida por el hecho de haber percibido una indemnización por los mismos daños de parte de la Aseguradora de Riesgo de Trabajo.

10.3.2.- La primera de las quejas del actor no es de recibo. Aparece admitido en la sentencia en recurso que como consecuencia del accidente su capacidad laboral se ha visto disminuida en un 49% y ello se encuentra firme dado que no es objeto de agravio por ninguna de las partes litigantes. Contando con ese dato y los restantes atinentes al damnificado como su edad y tareas que desempeñaba, la falta de constancia de la cantidad que habría percibido en concepto de indemnización en los términos de la ley 24557 no aparecía como un obstáculo insalvable para cuantificar la reparación por incapacidad sobreviniente. La propia norma como lo vimos en el punto anterior establece la procedencia de esta acción, aunque manda detraer de la indemnización resultante lo percibido en los términos de dicha ley, lo que necesariamente ocurrirá luego de determinada la que corresponde aquí, y no necesariamente en el mismo momento; entonces resulta procedente diferir para el momento del cumplimiento de la sentencia la sustracción en cuestión, con la única salvedad de que se debe efectuar a valores constantes. Como lo propone el apelante, y lo venimos resolviendo de modo unánime ambas salas de este Tribunal se impone utilizar para la cuantificación de este rubro los cálculos actuariales para obtener una renta futura, y al hacerlo, de igual modo los integrantes de este Tribunal consideramos que debe efectuarse a valores lo más cercanos posible al momento de dictarse la sentencia (art. 1083 CC).

En autos el actor alega acreditar a fs. 488 que como personal civil de la Armada Argentina percibía al mes de abril de 2016 la suma de \$13.348 mensuales, sin embargo, tal documentación se agregó al proceso con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia con lo que no es un elemento que pueda ser computado en este pronunciamiento a fin de no violar el derecho de defensa de la contraria. Además alegó el actor desarrollar, hasta el momento del siniestro, una actividad continua y remunerada como periodista deportivo de radio y televisión, actividad, por la que como lo explica en el memorial solo habría acreditado ingresos a la época del siniestro por \$2240 (fs. 464) y \$2200 (fs. 467), pretendiendo ahora que el cálculo se efectúe como se dijo lo hace el Tribunal, a valores actuales, proponiendo para ello actualizarlos en función del incremento del Salario Mínimo Vital Móvil, lo que resulta improcedente ante la clara prohibición indexatoria de la ley 23928, además de no ser el propuesto un parámetro que guarde relación con los ingresos de una actividad libre como la invocada. En dicho orden de ideas, con las constancias de autos solo podríamos calcular el presente rubro utilizando como variable de ingresos del actor, a fin de homogenizar ambos valores (si procediera tener por acreditados los de periodista), lo que percibía al momento del siniestro, esto es en octubre de 2009, pero los Jueces no debemos desentendernos de la consecuencias concretas de nuestros pronunciamientos, y si efectuáramos tal cálculo, pese a que entonces, y por la fecha de la ecuación, al resultado correspondería que lo mandáramos abonar con más un interés moratorio equivalente a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en la modalidad "plazo fijo digital a 30 días", y no solo a una tasa pura anual del 4% como cuando la condena es de valores actuales, lo cierto es que fijaríamos una indemnización por el 49% de incapacidad derivada del siniestro, no solo desentendida de la realidad, sino que, tras un rápido calculo en base a dichos ingresos (ponderando incluso los estimados como periodista) y aplicando en cada caso los intereses correspondientes obtenemos un valor total (unos \$560.150 + 711.296 de intereses bancarios) notablemente inferior al que resultaría de efectuarlo computando solo los salarios como dependiente de la Armada Argentina denunciados en el memorial, y excluyendo los otros ingresos (\$1.444.123 + 413.885 de intereses puro). Tras este análisis, ponderando la posibilidad -traslado mediante- de poder computar en la instancia de grado los ingresos como personal civil de la Armada Argentina del actor a valores

cercanos a la determinación indemnizatoria, en la oportunidad para la que difirió su cuantificación la a quo, resulta evidente que de admitirse la queja del actor efectuaríamos una clara reformatio in peius, pues lo colocaríamos en una situación procesal, cuyo resultado efectivo respecto del monto indemnizatorio del rubro es notablemente peor a la que goza según la sentencia de primera instancia que en el punto solo ha sido controvertida por su contraria respecto de la procedencia misma, agravio que ya he propuesto desestimar en el punto anterior. Por lo tanto, solo por esta razón, por ende excepcionalísimamente, corresponde confirmar el diferimiento sentenciado; es decir, para evitar una reformatio in pejus contra el único apelante (pues el demandado no cuestiona este punto en particular). No procede, por regla, diferir la decisión, pues el momento de dictar sentencia es la oportunidad para dirimir todas las cuestiones que son objeto de controversia (art. 163 del Código Procesal).

10.3.3.- El agravio atinente a la desestimación en sentencia de la reparación de la pérdida de chance alegada por el actor tampoco habrá de prosperar. Si bien en principio puede coincidir con el apelante en que la prueba que la sentencia le reprocha no producida sería la que acredite no ya la pérdida de una chance sino el lucro cesante mismo, lo cierto es que tampoco la hay de la pretensión bajo análisis. Nos dice el actor que como consecuencia del siniestro, y luego de su recuperación, perdió la chance de continuar con su actividad periodística, sin embargo no se advierte por qué ello ocurriría, cuál sería la causa de esa pérdida, y muy especialmente por qué razón correspondería indemnizarla como pérdida de chance cuando por el porcentaje de incapacidad derivado del siniestro solicita se incluya en el cálculo indemnizatorio dicho porcentual de pérdida en base a los ingresos que supuestamente obtenía por esa actividad. No encuentro pues, acreditada en autos siquiera la razón por la que no continuó el actor con la mentada actividad, con lo que mal puede pretender entonces la ?supuesta? pérdida de chance de hacerlo.

10.3.4.- Se agravia la citada en garantía de la admisión del rubro gastos médicos y farmacéuticos. Como lo manifiesta la recurrente, es cierto que la principal atención al actor le fue prestada en el Hospital de la Armada Argentina y que cuenta con obra social (DIBA), pero la gravedad de las lesiones y el tiempo de recuperación (v. H.C. fs. 381/416) exteriorizan una situación de la que es dato de la realidad que no la totalidad de medicamentos o elementos descartables necesarios se obtienen gratuitamente, debiendo a lo largo del tratamiento efectuar erogaciones de las que rara vez alguien se detiene a documentarlas (analgésicos, gasas, vendas, desinfectantes, etc.) por la poca importancia de cada una de ellas, pero que no hay motivo para desconocer la procedencia de su reparación a cargo del dañador (cuantificada en los términos que manda el art. 165 del CPCC), máxime cuando, como en el caso de autos la propia apelante pide su desestimación ?a pesar de tratarse de una suma exigua?, de donde se evidencia que el reclamo del actor lejos ha estado de ser una pretensión abusiva, razones por las que el agravio no prospera.

10.3.5.- Cuestiona también la aseguradora el reconocimiento del lucro cesante por la suma de \$35.000. Argumenta que el mismo solo procede si se acredita sin dudas para el Juez que el damnificado se encontraba en una situación fáctica y legal tal, que lo llevaría a obtener dicho beneficio, y Mallemaci no acreditó la manifestada imposibilidad de continuar con tales actividades durante su recuperación. Contrariamente a lo argüido resulta evidente le imposibilidad de Mallemaci de continuar con la actividad en cuestión durante su recuperación. Basta para ello detenernos en las constancias de la historia clínica (fs. 381/416), en las fotografías que muestran al actor en el inicio de la convalecencia (fs. 19, 20 y 95) y en el dictamen del perito médico forense (424/427). Distinta es la suerte de la queja en lo atinente a los ingresos que corresponde computar como lucro cesante cuya acreditación también cuestiona la apelante al entender que de los informes obrantes en autos (fs. 464 y 467), solo se acredita la actividad de periodismo y que se cobraban pautas publicitarias sin que se sepa qué porcentaje de ellas eran para el actor si es que algo percibía. La sentencia apelada admitió en este rubro que el actor ganaba por su labor periodística la suma de \$5.000 mensuales (los \$35.000 reconocidos divididos los 7 meses admitidos), lo que no encuentro acreditado debiendo en parte admitirse entonces el cuestionamiento bajo análisis. Está debidamente acreditado en autos que Mallemaci desarrollaba la apuntada actividad de periodista y con ello generaba ingresos, dado que obran en autos (a fs. 464/465 y 467) las respuestas de ?Producciones Punta Alta C2? y ?FM PARAISO 107.7 Mhz? a los oficios oportunamente librados, sin que alguien los impugnara (art. 401 C.P.C.C.), sin embargo, no surgen de ellos con la debida claridad cuánto es el ingreso que pudo corresponder como ganancia al actor. En el primero se indican distintos montos pero sin especificar su periodicidad, aunque es dable presumir que los totales refieren a meses y en ambos solo se indican valores estimativos, de los que solo 2/3 partes quedarían para el actor y no se sabe tampoco cuánto de ello es ganancia y cuanto se destinaba a gastos (traslados, grabaciones, archivos fílmicos, colaboradores si los había, impuestos provinciales y nacionales, etc.), por lo que, en función de la previsión del art. 165 del CPCC, y haciendo mérito del incompleto cumplimiento de la carga probatoria del actor (art. 375 del CPCC), estimo que los ingresos netos (ganancia) de Mallemaci a la fecha del siniestro por su labor radial y televisiva solo alcanzaba al 50% de los ingresos brutos, esto es unos \$2.300 mensuales (\$1.100 por la TV y \$ 1.200 por la radio), por lo que el rubro ha de ser limitado en su procedencia a la suma total de \$16.100, pero a razón de los apuntados \$2.300 por cada uno de los meses siguientes al siniestro a fin de computar el interés moratorio que devengan.

10.3.6.- Ambas partes cuestionan el rubro daño moral aunque claro está que lo hacen en sentido diametralmente opuesto. La queja de la aseguradora no prospera pues no consiste en una crítica concreta y razonada en los

términos que lo exige el art. 260 del C.P.C.C. Nos dice inicialmente que el rubro ¿no escapa a la regla de que todo daño debe ser probado? cuando claramente se trata, dada la acción antijurídica y para más con la entidad de las lesiones físicas sufridas por el actor de un daño in re ipsa, tal como surge de la reiterada doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en tanto tienen dicho que ¿El daño moral no está sujeto a reglas fijas, su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad del mismo.?(SCBA, C 117314, 12/11/2014; C 94847, 29/04/2009; AC 74338 del 31/10/2001; en igual sentido: SCBA, C 101573, 17/08/2011). El cuestionamiento a la discrecionalidad con que se habría fijado el monto indemnizatorio carece de todo argumento en cuanto a la razón por la que sería excesivo, al tiempo que tampoco propone algún otro, con lo que solo está exteriorizando una disconformidad subjetiva con esa cuantificación. Nada corresponde valorar ya respecto de la atribución de responsabilidad y el comportamiento de la víctima como propone la apelante, pues no solo ha sido materia de oportuno tratamiento en este mismo voto (10.2.-), sino que, una vez determinada no puede tener influencia en la cuantificación del rubro más allá de quién y en qué porcentaje lo debe afrontar (en nuestro caso la accionada y en un 100%). Finalmente, en nada conmueve lo decidido en la sentencia de grado los cuestionamientos efectuados por la aseguradora en torno a la vaguedad del dictamen de la Dra. María Florencia Martella (pericial psicológica), o el modo en que corresponde valorarla, pues nada dice de su ineficacia respecto del rubro y menos aún de qué modo influiría a favor de su diluida queja. Por el contrario, el agravio del actor respecto de este rubro adelanto que ha de prosperar. Mallemaci, en momentos en que transitaba al mando de una motocicleta fue víctima de un accidente de tránsito que como vimos no provocó. Sufrió allí, tal como surge de la historia clínica, dictamen médico y testimonios, fractura de ambos fémures, y fisura de columna cervical, debiendo ser intervenido quirúrgicamente, permaneciendo en recuperación durante siete meses, sin poder deambular libremente, y debiendo abandonar -siquiera momentáneamente- no solo su actividad laboral como personal civil de la Armada Argentina sino también su segunda actividad profesional como periodista deportivo de radio y televisión locales en la ciudad de Punta Alta. Lo descripto evidencia la gravedad de la situación y la consecuente afectación de los valores preciosos del individuo; debe considerarse el daño moral como la lesión a derechos que afecten el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho ilícito, siendo procedente su reparación en dinero y, dado que se trata seguramente del daño más dificultoso de cuantificar por la imposibilidad de objetivarlo totalmente en atención a la gran carga de subjetividad del damnificado que conlleva, ha de buscarse la forma de repararlo por su costo de reversión. En dicho orden de ideas es admisible como lo pide el apelante con citas de diversos fallos de este Tribunal que se fije una suma de dinero ¿que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida?, es que bien sabido es que procede cuantificar este rubro por su costo de reversión, otorgando una suma de dinero suficiente para la adquisición de bienes o servicios que por su gratificación hagan desaparecer o al menos mitiguen los padecimientos sufridos. Este modo imperfecto, pero único al que podemos recurrir, ha sido adecuadamente pedido por el recurrente ayudando de tal modo a encontrar qué bien lo satisface (valorando por supuesto si su entidad resulta adecuada o no a la del sufrimiento a reparar), en el caso un modesto automóvil 0km de media gama (Fiat Siena o Chevrolet Classic), se presenta como apropiado para compensar la afectación moral de Mallemaci. Recordemos que por su condición económica evidenciada en autos (recibos de haberes, informes de sus actividades de periodista, dictamen fs. 335/337 de la perito asistente social Patricia Weinzettel), clase media poco acomodada, el poder adquirir el vehículo que de otro modo tal vez no podría, le permitirá desplazarse con comodidad en reemplazo del medio que antes utilizaba -motocicleta- respecto del que seguramente guarda algún grado de aprehensión negativa por el propio hecho de autos, y no ha de olvidarse que se ve por el resto de sus días portando una disminución en su capacidad de nada menos que el 49%, lo que le impedirá practicar deportes aun de modo amateur o como simples juegos, lo que también se verá compensado de algún modo con este nuevo modo de desplazamiento, que a la par le otorga algún grado de mejora en su imagen social, compensando la que le quita la minusvalía. Corresponde en consecuencia cuantificar el rubro en un valor superior al nominal pedido en demanda, por lo que se impone aclarar que, como lo argumenta también el actor en su memorial, aquella suma puede ser superada sin afectarse el principio de congruencia, tal lo que surge del fallo plenario de este Tribunal ("SCARABOTTI" Expediente Nro.140973 noviembre de 2013) y la doctrina del Superior Tribunal de la Provincia (SCBA: C.108.764, del 12/09/2012). Para acceder entonces al indicado bien, teniendo en cuenta además los gastos necesarios para alcanzar a rodarlo (flete, patentamiento, etc.), considero suficiente y propongo, admitiendo el agravio del actor elevarlo a la suma de doscientos noventa mil pesos (\$290.000), suficientes para adquirir y rodar un Fiat Siena (<http://www.fiat.com.ar/content/siena-el>) o un Volkswagen Gol Trend manual 5p MY17 (<http://www.volkswagen.com.ar/es/compras-y-financiacion/precios-vigentes.html>). 10.3.7.- Finalmente se agravia el actor de la tasa bancaria fijada como

accesorio del capital de condena hasta el momento del efectivo pago, determinada en sentencia en la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días solicitando sea modificada, mandando pagar la que tal banco otorga en el denominado ?plazo fijo digital?. Claramente le asiste razón, tal como lo venimos resolviendo ya invariablemente por ambas salas de este Tribunal, es la que pretende, informada en el sitio web de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y denominada como ?Plazo Fijo Digital a 30 días? la tasa bancaria pasiva que corresponde utilizar a partir de su implementación el 19 de agosto de 2008. Es el criterio sostenido en los expedientes nro. 142.860, N.O. 73, L.S. 35 del 15/05/2014; nro. 143.225, N.O. 95, L.S. 35 del 24/06/2014; 143.488, N.O. 110, L.S. 35 del 18/07/2014; 143.521, N.O. 127, L.S. 35 del 14/08/2014, entre otros de esta Sala y exptes. 142.862 ?Belachur Néstor Oscar c/ Oroño Linares Emilio y otra s/ Cobro Ejecutivo?; 143740 ?Rivara María Laura c/ Quitegui Carlos Enrique y otra s/ Daños y Perjuicios. Beneficio de Litigar sin Gastos?, y Expedientes N° 143.843 y su acumulado N° 143.848, del 28/04/2015, N.O. 33 bis, L.S. 113, de Sala I, donde se dijo que: ?...acerca de la sustancial diferencia existente entre la inverosímil tasa pasiva común que informa el Banco de la Provincia, y la real que remunera a sus inversores -publicitada en la propia página web oficial de la Suprema Corte como ?Tasa pasiva- Plazo fijo digital-, que por cierto duplica a la primera, es ésta la que corresponde tomar a los efectos de practicarse la correspondiente liquidación (v., en este sentido lo resuelto con fecha 26 de marzo de 2015 por la Cámara Civil y Comercial, Sala I, de Lomas de Zamora en la causa N° 71.489 ?Aguilera Azucena Petrona c/ El Puente SAT y otro/a s/ daños y perjuicios?)?. 11.- En esto términos doy mi voto parcialmente por la negativa.

Los Sres. Jueces Dres. PERALTA MARISCAL y RIBICHINI por los mismos fundamentos votaron en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL Sr. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: En atención al resultado arribado en la votación precedente, propongo confirmar en lo principal la sentencia en cuanto fuera objeto de agravios y solo modificarla: 1.- en el monto de condena del daño moral que se eleva a la suma de doscientos noventa mil pesos (\$290.000), con más una tasa pura del 4% anual desde la fecha del siniestro y hasta el dictado de esta sentencia, y desde aquí y hasta el efectivo pago a la bancaria más adelante indicada; 2.- en el rubro lucro cesante que se limita a la suma total de \$16.100, a razón de \$2.300 por cada uno de los meses siguientes al siniestro, a los que desde cuyo devengamiento periódico y hasta su efectivo pago, se les aplicará la tasa bancaria; y 3.- la tasa de interés bancario que se manda pagar, que se establece en la denominada ?Plazo Fijo Digital a 30 días? del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Las costas causadas en esta instancia corresponde imponerlas a la parte demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 68 del C. Procesal). ASÍ LO VOTO. Los Sres. Jueces Dres. PERALTA MARISCAL y RIBICHINI por los mismos fundamentos votaron en igual sentido.- Con lo que terminó este acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo precedente, ha quedado resuelto que solo parcialmente no se ajusta a derecho la sentencia apelada. POR ELLO, se confirma en lo principal la sentencia en cuanto fuera objeto de agravios y solo se modifica los montos de condena del daño moral que se eleva a la suma de doscientos noventa mil pesos (\$290.000), con más una tasa pura del 4% anual desde la fecha del siniestro y hasta el dictado de esta sentencia, y del rubro lucro cesante que se limita a la suma total de \$16.100, a razón de \$2.300 por cada mes siguiente al siniestro con más los intereses a la tasa bancaria hasta su efectivo pago que en todos los casos es la que se fija en la denominada ?Plazo Fijo Digital a 30 días? del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Costas de alzada a la demandada. Difiérese la determinación arancelaria para luego de efectuada la de la instancia anterior (art. 31 dec. ley 8.904). Hágase saber y devuélvase.

015471E