

Accidente Entre Moto Y Automovil Interseccion De Calles Sin Semaforo Prioridad De Paso Velocidad Excesiva

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente entre moto y automóvil. Intersección de calles sin semáforo. Prioridad de paso. Velocidad excesiva

Se confirma la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios deducida con motivo de un accidente de tránsito en el que perdiera la vida el hijo de los accionantes, al ser embestido por un automóvil mientras circulaba en su motocicleta. Se establece que la víctima ha sido el principal responsable del siniestro al violar la prioridad de paso y circular a excesiva velocidad.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 13 días de Diciembre de 2016, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "BERMEJO ROBERTO ALFREDO GUADALUPE Y OTRO/A C/ SORIA NOBREGA FLORENCIA Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ. AUTOM.C/LES.OMUERTE (EXC.ESTADO)" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Ramiro Rosales Cuello. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 719/757? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo: a) hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por los Sres. Roberto Alfredo Guadalupe Bermejo y Mónica Patricia García Borgna contra la Sra. Florencia Soria Nobrega y, en consecuencia, condenar a esta última -conjuntamente con la citada en garantía La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales- a abonar los primeros la suma de \$31.186 (correspondientes al 30% de co-responsabilidad por el hecho ilícito, con más la deducción del 50% sobre los rubros daño moral, psíquico y lucro cesante - pérdida de chance atento la falta de uso de casco protectorio), con más intereses desde la mora conforme la tasa pasiva BIP del Bco. de la Pcia. de Bs. As., y costas. II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 769 por el Dr. Esteban Trionfetti, letrado apoderado de la parte actora, fundando su recurso a fs. 786/802 vta. con argumentos que merecieron respuesta de la citada en garantía a fs. 808/810. A fs. 761 apela la sentencia la Dra. María Teresa Castrovilla, letrada apoderada de la citada en garantía, fundando su recurso a fs. 805/806, con argumentos que merecieron respuesta de la parte actora a fs. 812/815. Por último, el resolutorio es apelado a fs. 763 por el Dr. Juan Pablo Peralta, letrado apoderado de la parte demandada, fundando su recurso a fs. 779/784, con argumentos que merecieron respuesta de la parte actora a fs. 812/815. III) RECURSO DE LA PARTE ACTORA. Agravia a los accionantes que, en la sentencia apelada, el a quo haya concluido que no se demostró objetivamente la velocidad excesiva de los rodados, cuando -a su criterio- existen múltiples elementos que permiten determinarla. Consideran que la única diferencia entre las pericias producidas en autos y en sede penal radica en la diferente voluntad de encarar la tarea, no pudiendo afirmarse válidamente que resulte de imposible cumplimiento determinar la velocidad de los vehículos intervinientes. Señalan que de las declaraciones testimoniales de los Sres. Zagame, Arévalo y Brun surge sin lugar a dudas que el Ford Ka bajaba por la pendiente de Güemes en dirección a la Av. Juan B. Justo a una velocidad superior a los 40 km/h., no efectuando maniobra de frenado o desvío para evitar la colisión. Esgrimen que el solo hecho de circular por calle Güemes, desde Av. Paso hacia Av. Juan B. Justo, llevaría a un vehículo de esas características a la velocidad descripta sin siquiera pisar el acelerador ni frenar como en este caso, debido a la propia inercia que imprime la pendiente. Califican de infundadas las conclusiones de los peritos que indican que ante la falta de rastros de frenado, no resulta factible calcular la velocidad de los vehículos, pudiendo inferirse ello de las abolladuras, daños y distancias finales de los vehículos. En segundo lugar, se agravian que se haya considerado que la víctima no contaba con casco protector y que dicha circunstancia profundizó el fatal desenlace. Alegan que el accidente aconteció el 10 de Mayo de 2011, entre las 8 y 9 de la mañana, resultando habitual -a raíz de las bajas temperaturas- que los motociclistas circulen con casco protector debajo de la capucha de la ropa de vestir, circunstancia no advertida por los testigos. Entienden incongruente confrontar el testimonio de alguien que vio pasar a una persona con capucha con otro preciso que determina hasta el color del casco protector. A continuación agravia a los apelantes que se considere que la causa del deceso de la víctima se debió fundamentalmente a la falta de uso de casco protector, disminuyendo en un 50% los montos indemnizatorios de los rubros pérdida de chance, y daño moral y psicológico. Sostienen que debe meritarse que al momento de la caída, la víctima no ensaya ningún movimiento reflejo de defensa, sino que de la totalidad de los informes y fotos obrantes en autos surge que tenía las manos debajo de su cuerpo, lo que descarta la existencia de signos vitales al impactar sobre el asfalto. Seguidamente, agravia a los apelantes que se haya distribuido la responsabilidad del hecho ilícito, argumentando -entre otras

cuestiones- deficiencias en el freno delantero de la moto sin tener en cuenta que la misma había sobrepasado la línea de marcha del automóvil al momento del hecho, y que este último no contaba con la verificación técnica vehicular, tal como surge de la causa penal. Consideran los recurrentes que se ha incurrido en absurdo en la apreciación de la prueba, toda vez que -de conformidad con las declaraciones testimoniales y demás constancias de autos- la demandada circulaba con manifiesta desatención mientras utilizaba su teléfono móvil, lo que justifica la falta de frenado relatada por los testigos del hecho. Finalmente, indican que el acta policial del hecho se trata de una prueba de muy escaso valor probatorio, por tratarse de una mera declaración unilateral de los afectados, careciendo -en este caso particular y por obvias razones- de las manifestaciones de la víctima. IV) RECURSO DE LA CITADA EN GARANTIA. Se agravia la citada en garantía que, en la sentencia apelada, no se tome debida consideración de la prejudicialidad derivada de la sentencia dictada por la Justicia de Garantías, en la que se estableció que no existe responsabilidad penal de la demandada ni la inexistencia de delito. En segundo lugar, agravia a la recurrente que se atribuya a la demandada el 30% de responsabilidad, cuando nos encontramos ante un hecho producido por exclusiva responsabilidad de la víctima. Expone que la calidad de embistente no convierte automáticamente en antijurídico el accionar de la demandada. Por el contrario, considera acreditado que el demandado circulaba en forma irresponsable a 50 km/h y sin casco protector a bordo de una motocicleta que presentaba deficiencias en sus frenos y no portaba chapa de dominio, carecía de prioridad de paso al arribar a la encrucijada donde se produjo el hecho, interponiéndose en la marcha del automóvil al presentarse detrás de una camioneta F-100 que circulaba por la derecha del vehículo y ocultaba su visión. En tercer lugar se agravia del reconocimiento del rubro daño emergente, por considerar que no se acreditó que el fallecido o sus padres eran titulares dominiales de la motocicleta. También entiende que no corresponde resarcir los rubros daño moral, psicológico y pérdida de chance por tratarse de un hecho ocasionado por el obrar de la víctima. Por último, agravia al recurrente la imposición de costas a su parte, solicitando su fijación a la contraria o, en caso de mantener el decisorio apelado, se establezcan conforme el porcentaje de responsabilidad atribuida. V) RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA. Agravia a la demandada que la sentencia apelada se funde en aspectos procesales del derogado Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As. (ley N° 3.589), sin tener en cuenta que el proceso penal se rige actualmente por la ley N° 11.922. Alega que para que el imputado de un proceso penal logre su sobreseimiento debe existir certeza negativa acerca de la comisión del delito endilgado. Expresa que la Justicia de Garantías es clara en cuanto expone en su sentencia que las lesiones fatales sufridas por el Sr. Rodrigo Alfredo Bermejo ocurrieron por su exclusiva culpa, encontrándonos en un supuesto de strepitus fori ante la existencia de dos sentencias contradictorias. En segundo lugar, se agravia de la distribución de responsabilidad por el hecho ilícito analizado, al considerar que si bien la prioridad de paso no representa un "bill de indemnidad", es una regla que debe cumplirse del mismo modo que las señales de un semáforo. Refiere que de seguirse el criterio del primer juzgador, sería imposible circular en una avenida o calle de gran circulación de vehículos. Entiende que la víctima no pudo ceder el paso al vehículo que circulaba por la derecha porque el sistema de frenos de la motocicleta no funcionaba, contando la demandada en todo momento con pleno dominio del vehículo y sin violar norma de tránsito alguna. Manifiesta que no corresponde condenar al embistente, al considerar que el resultado fatal hubiera sido el mismo en el caso de haber resultado embestida. En tercer lugar, agravia al recurrente que se haya condenado por daño emergente cuando no se acreditó en autos la titularidad de la motocicleta, resultando propietario -conforme el expediente penal- el Sr. Sergio Adrián Ale. Indica que como no existió conducta antijurídica de la demandada que la responsabilice de los daños demandados, corresponde rechazar el resarcimiento de los rubros daño moral y psíquico. Finalmente, se agravia el apelante de la imposición de costas a su parte, solicitando su modificación por entender que el ilícito aconteció por culpa exclusiva de la víctima. VI) Antes de ingresar al tratamiento de los agravios planteados, pasaré a relatar los ANTECEDENTES DE LA CAUSA: A fs. 118/133 se presentan los Sres. Roberto Alfredo Guadalupe Bermejo, y promueven demanda de daños y perjuicios contra la Sra. Florencia Soria Nobrega por la suma de pesos un millón seiscientos ocho mil quinientos (\$1.608.500), con más intereses, costos y costas del juicio, citando en garantía a la compañía "La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales". Relatan que el día 10 de Mayo de 2011, siendo aproximadamente las 8.30 hs., su hijo Rodrigo Alfredo Bermejo circulaba en su motocicleta por calle Larrea y, al cruzar calle Güemes y tras haber traspuesto más de la mitad de la encrucijada, resulta violentamente embestido en la parte trasera de su motovehículo por un automóvil Ford Ka conducido por la demandada, lo que lo lleva a salir despedido y a perder la vida como consecuencia de los golpes sufridos. Fundan la responsabilidad que imputan a la accionada en el art. 1113 del Código Civil, pues entienden que el caso debe encuadrarse en la teoría del riesgo creado al considerar que existe una presunción de responsabilidad de quien embiste -a excesiva velocidad y sin la debida atención- con la parte delantera de su automóvil. Reclaman las sumas de \$3.500 en concepto de daño emergente, \$300.000 por el rubro daño moral para cada uno de los actores, \$20.000 para el Sr. Bermejo y \$25.000 para la Sra. García Borgna en concepto de daño psíquico, y \$384.000 para el Sr. Bermejo y \$576.000 para la Sra. García Borgna por el rubro lucro cesante - pérdida de chance. Ofrecen prueba, fundan en derecho y requieren se haga lugar a la demanda. A fs. 177/196 se presentan los

Dres. Juan Pablo y José Luis Peralta, en su carácter de apoderados de la demandada Sra. Florencia Soria Noriega y contestan la demanda. Luego de efectuar una negativa general y particular de los hechos, la documentación acompañada y del derecho invocado, sostiene que el hecho se produjo por exclusiva responsabilidad del Sr. Rodrigo Bermejo, tal como surge de la Instrucción Penal Preparatoria N° 9465/2011. Sostiene que dicha causa resultó archivada por no encontrar conducta culpable de su parte, siendo reabierta la investigación a pedido de la parte actora con resultado adverso para su pretensión. Alega que el joven Bermejo arribó a la intersección de las calles Larrea y Güemes a excesiva velocidad, sin casco protectorio y careciendo de prioridad de paso, a bordo de una motocicleta cuyos frenos no funcionaban correctamente, razón por la cual entiende interrumpido el nexo de causalidad entre el hecho y su resultado. Cita y transcribe jurisprudencia en apoyo a su postura. Ofrece prueba, requiere se rechace la demanda impetrada y solicita la citación en garantía de la compañía "La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales?". A fs. 252/261 vta. se presenta la Dra. María Teresa Castrovilla, letrada apoderada de la citada en garantía, efectúa una negativa general y particular de los hechos relatados y de la documentación acompañada por los actores, y niega la responsabilidad endilgada a la demandada ante la falta de violación de norma jurídica alguna, descartando la relación causal entre el obrar de la asegurada y el siniestro acaecido. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura, ofrece prueba, y se opone a la ofrecida por los actores. A fs. 294 -ante la existencia de hechos conducentes y controvertidos- se abre la causa a prueba. A fs. 651/652 vta. se certifica el término probatorio. A fs. 719/757 dicta sentencia el Sr. Juez de primera instancia en los términos expuestos en el acápite I.

VII) DERECHO TRANSITORIO. Al respecto, cabe adelantar que para el estudio de la responsabilidad, constitución, extinción y efectos ya producidos, corresponde utilizar las normas del Código Civil (ley 340) y no el ya vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina -ley 26.994-, ya que éste no es de aplicación retroactiva (Kemelmajer de Carlucci, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", La Ley, 22/04/2015, AR/DOC/1330/2015; Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", La Ley, 27/04/2015, AR/DOC/1360/2015; Taraborrelli, José N., "Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código?", LA LEY 03/09/2015, 1, AR/DOC/2888/2015). Así, será la fecha del hecho lo determinante al respecto, porque es lo que fija la responsabilidad y el daño, y su consecuencia debe caer bajo el amparo de la ley vigente al momento en que ello ocurre. Por lo tanto, si es anterior al 1° de agosto de 2015 se regirá por el código de Vélez y si es posterior por el nuevo Código Civil y Comercial, ponderando a tal efecto que la sentencia de daños no crea un derecho nuevo sino que el juez se limita a reconocer la existencia de un derecho anterior controvertido, precisando su alcance y monto (v. Dell'Orefice y Prat, "La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio", 1/10/2015, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150522). Señala Kelmelmajer al respecto, que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso, reconociendo que existen discrepancias sobre qué son elementos constitutivos y qué consecuencias de ese ilícito, desde que la nueva ley rige las consecuencias que no están consumadas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Citando un viejo plenario de la Cámara Nacional Civil, resaltó que el daño no es la consecuencia sino la causa constitutiva de la relación ("La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág.101). Así las cosas, habiendo quedado delimitado la temporalidad de la ley aplicable al caso, corresponde ingresar en la valoración de la actividad probatoria y en la determinación de la responsabilidad que ha sido materia de embate por los apelantes (arts. 1068, 1069, 1078 y ccdtes. del Cód. Civil; arts. 1737, 1738, 1740, 1741, 1746 y ccdtes. del CCyCN).

VIII) Pasaré a analizar los agravios planteados.

A) AGRAVIO DE LA DEMANDADA Y CITADA EN GARANTIA: PREJUDICIALIDAD. De la causa penal N° 9465/2011 agregada en autos se observa que la Agente Fiscal Dra. Teresa Martínez Ruiz ordena con fecha 6 de Diciembre de 2011 el archivo de las actuaciones hasta la aparición de nuevos elementos de prueba (v. fs. 152/154 vta.). Ante el planteo de revisión formulado por los actores en su carácter de particulares damnificados, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía General de Cámara Deptal. Dr. Oscar Alberto Deniro decide mantener la resolución que ordena el archivo de las actuaciones (v. fs. 242/244 y 287/288 de la causa penal N° 9465/2011). Finalmente, el Juez de Garantías Dr. Gabriel Adrián Bombini dicta el sobreseimiento de la demandada Sra. Florencia Soria Nobrega en los términos de los arts. 1, 321, 323 inc. 3 y 324 del C.P.P.B.A., fundado en la inadvertencia de infracción alguna al deber de cuidado, arribando -a su criterio- a la atipicidad en la conducta analizada (v. fs. 290 vta.). Dicha resolución adquirió firmeza, no habiendo sido recurrida tras la notificación de fecha 7 de Febrero de 2014 efectuada a los particulares damnificados (v. fs. 296/297). Es decir, la demandada Sra. Florencia Soria Nobrega resultó sobreseída no por la inexistencia del hecho principal ni por su falta de autoría sino en base a considerar la falta de responsabilidad penal por el evento analizado en función que el hecho atribuido no encuadra en un tipo penal (argto. art. 323 inc. 3 del C.P.P.B.A.). Sobre el particular tiene dicho la Suprema Corte Provincial que "sólo cuando la absolución del acusado o el sobreseimiento definitivo se funda: 1) en la inexistencia del hecho principal que se le atribuye, o 2) en la ausencia de autoría -que es otra manera de no existir el hecho con respecto al imputado-, ese pronunciamiento no puede ser revisado en la instancia civil" (SCBA C. 116715 del 10/6/2015,

C. 105694 del 14/3/2012). De ello deviene que nada impide al juez civil analizar la conducta del acusado cuya participación no se encuentra en discusión si el sobreseimiento se debió a la convicción de inocencia a la que arribó el juez penal, pues tal situación franquea la barrera impuesta por el art. 1103 del Código Civil (argto. jurisprud. SCBA C. 100061 del 30/11/2011, causa ?Ponce, María c. Cudicio, Héctor?, del 9/9/2005 - AR/JUR/2340/2005, cit. Por Marcelo Nieto Di Biase, ?Prejudicialidad penal en sede civil - Régimen actual y en la nueva codificación? - elDial.com - DC1E2D). Repárese que la diferencia entre la culpa civil y la penal radica en la vigencia del principio ?in dubio pro reo?, no resultando vinculante la decisión del fuero penal para el juez civil si la responsabilidad del demandado se basa en un factor objetivo de atribución o en una presunción de culpa, existiendo aspectos residuales sobre los que el Tribunal Civil puede emitir un juicio de valor diverso al realizado en aquella sede (argto. doct. Félix Trigo Represas - Marcelo López Mesa, ?Tratado de la responsabilidad civil? - T. IV, Ed. La Ley, Cdad. De Bs. As., 2004, págs. 656/57; Santos Cifuentes, ?Código Civil comentado y anotado? - T. II, Ed. La Ley Bs.As., 2008, pág. 466; jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 146180 RSD 257/13 del 22/10/2013). En virtud de ello, entiendo que el criterio propuesto por apelante no es admisible para modificar lo decidido por el a quo en torno a la prejudicialidad, aún a partir de la modificación del Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As., ante la existencia de doctrina legal en la materia -aún posterior a la vigencia de la legislación señalada- cuya aplicación deviene obligatoria por esta Alzada (argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 154568 RSD 62/14 del 18/3/2014; SCBA L. 116369 del 30/10/2013, 82329 del 8/8/2007, C. 100061 del 30/11/2011).

B) AGRAVIO DE LA ACTORA, DEMANDADA Y CITADA EN GARANTÍA: ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD. Con respecto a la atribución de responsabilidad, destaco que no ha sido materia de agravio la existencia del hecho ni la normativa legal aplicable al caso, siendo correcto el encuadre jurídico que realiza el a quo al determinar que en casos como el de autos el factor de atribución es el riesgo creado, y por lo tanto la responsabilidad de los participantes en el hecho ilícito debe juzgarse a la luz del art. 1113 2da parte del Código Civil (argto. doct. Aída Kelmajera de Carlucci, "Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos", pub. en "Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto Mario Morello", Lib. Ed. Platense, Cdad. de La Plata, 1981, pág. 224; argto. jurisprud. SCBA C. 97835 del 4/11/2009, Ac. 84155 del 3/3/2004). De acuerdo a dicho factor objetivo de atribución el dueño y/o guardián de la cosa riesgosa responde de los daños causados por ésta, a menos que opere alguna de las causas de exoneración total o parcial que prevé la ley (argto. jurisprud. esta Sala, causas N° 146014, 146015, 146016 RSD 238/10 del 14/9/2010). Efectivamente, para eximirse de responsabilidad frente a un factor objetivo de atribución es el demandado quien debe acreditar la concurrencia de un elemento ajeno a su actuación -el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder- y probar que esa participación ha tenido la entidad suficiente para erigirse en causa o concausa del hecho ilícito, con aptitud para interrumpir total o parcialmente el nexo de causalidad entre el hecho y el daño (arts. 375 y 384 del C.P.C., 1113 2do. párrafo 2da. parte del Código Civil; SCBA Ac. 42946 del 9/4/1991, Ac. 44037 del 10/4/1999; Aída Kelmajera de Carlucci, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" Augusto C. Belluscio, Eduardo A. Zannoni, T. V, pág. 581; Beatriz A. Arean, "Juicio por accidentes de tránsito", T. I, pág. 89 y sgtes.). El Máximo Tribunal Provincial ha decidido que la conducta de la víctima debe ser considerada expresamente, no a título de culpa, sino como factor de interrupción -total o parcial- del nexo causal entre el hecho y el daño (argto. jurisprud. SCBA Ac. 55922 del 6/9/1994, 46625 del 28/9/1993, pub. en Jorge Galdós, "Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 1999, pág. 327). Para determinar la "causa" del hecho dañoso debe realizarse un juicio de probabilidad, a los fines de advertir si la maniobra del accionado ha tenido la aptitud suficiente, según el curso ordinario y natural de las cosas, para provocar el daño, o si, por el contrario, la participación del hecho de la víctima ha contribuido a su producción (argto. arts. 901, 906 y ccdtes. del Cod. Civil, jurisprud. SCBA Ac. 93078 del 6/9/2006, entre otros). Sentado ello, cabe observar que en el caso de autos las partes centran sus agravios en que el juzgador efectuó un erróneo análisis de la prueba producida en autos, y por ende, solicitan la revocación de la sentencia apelada. En virtud de ello, analizaré la prueba producida en autos a los fines de precisar si resulta correcto el análisis efectuado por el juzgador, o si por el contrario, éste no se condice con las constancias de la presente causa. A fs. 87/vta. luce obrante actuación policial en la vía pública en que consta que el accidente denunciado acaeció a las 8.25 hs. aproximadamente. A fs. 397/398 declara el testigo Sr. Ricardo Abel Zagame quien precisa que el vehículo circulaba despacio al arribar al lugar del ilícito, que el actor no llevaba casco y que la demandada manifestó no haber visto la motocicleta del demandado antes del siniestro. A fs. 474/475 presta declaración testimonial el Sr. Jorge Battistella refiriendo que le consta que su madre -Sra. Lilia Enriqueta Stagno- presenció el hecho y que a ella ?le pareció? que la demandada hablaba por teléfono al momento del hecho. A fs. 530/541 el Ing. Carlos Antonio Donadio presenta prueba pericial mecánica, en que se indica que no se puede calcular la velocidad de los vehículos al momento del impacto el que se produjo en el sector central de la encrucijada por embestimiento mutuo, produciéndose las graves lesiones sufridas por la víctima como consecuencia de la falta de uso de casco protectorio. A fs. 602/607 el experto brinda explicaciones de su dictamen, explicando que el impacto inicial no ha sido sobre la rueda trasera de la motocicleta y ratifica su dictamen en cuanto califica la colisión como de

embestimiento mutuo. Teniendo a la vista la causa penal N° 9425/2011, obra parte policial N° 1017111590545/9 del que surge que ¿por dichos recolectados, testigos presenciales refirieron? que el vehículo Ford Ka colisiona en la parte lateral derecha del motovehículo en la mitad de la bocacalle y que el motociclista ¿pierde la vida al golpear su cabeza en el cordón?. A fs. 2/vta. declara el testigo Juan Oscar Brun, quien afirma que siendo las 8.25 hs. aproximadamente y en momentos en que circulaba por calle Larrea, fue sobrepasado sobre la derecha por una motocicleta, produciéndose el siniestro en la mitad de la bocacalle de la intersección con la calle Güemes en que dicho motovehículo fue embestido en su lateral derecho por un automóvil, lo que generó que su conductor saliera despedido impactando con su cabeza sobre el suelo entre el cordón y la vereda. A fs. 3/vta. declara el testigo Sr. Ricardo Abel Zagame quien manifiesta que el hecho aconteció a las 8.25 hs. aproximadamente, que vehículo circulaba a velocidad ¿normal? al momento de colisionar a la motocicleta, y que el actor golpeó su cabeza contra el cordón. Por su parte, a fs. 233/vta. el mismo testigo sostiene que el automóvil circulaba a 40 km/h. y que -a su entender- no aminoró su marcha al arribar a la intersección del accidente. A fs. 4/vta. declara el Sr. Roberto Alfredo Bermejo -padre de la víctima- indicando que había acordado encontrarse con su hijo a las 8.30 hs. en el domicilio de calle Olavarría y Saavedra, y que -por dichos recolectados de vecinos de esa zona- supo que la conductora del Ford Ka circulaba a gran velocidad. A fs. 23/24 del expte. penal se agrega acta de relevamiento accidentalógico caso nro. 2968/2011 donde se deja constancia -como posible mecánica del hecho ad referendum de las posteriores peritaciones- que el automóvil resulta embistente del motovehículo. A fs. 52/64 se produce la prueba pericial mecánica en que el experto de la Policía Científica T.T. 1° Juan D. Silva da cuenta que el estado y mantenimiento del automóvil Ford Ka es bueno, mientras que el sistema de frenos de la rueda delantera de la motocicleta no funciona, presentando déficit de frenado en la rueda trasera y dictaminando que dicho motovehículo presenta ¿impacto sobre el lateral derecho, parte media trasera?.

A fs. 75/79 se hace reconocimiento médico-legal y operación de autopsia del Sr. Rodrigo Alfredo Bermejo, en que la Dra. Valeria Rodríguez indica que ¿las graves lesiones sufridas por la víctima son consecuencia de un accidente auto-moto mientras circulaba en la misma sin casco?. A fs. 103/109 obra constancia de dictamen pericial del Ing. Mecánico Andrés Agustín Pravia y Lic. Gustavo Eduardo Hollmann en que se dio cuenta que el Ford Ka resulta vehículo ¿colisionante? (embistente físico), mientras que el motovehículo Motomel reviste el rol de ¿colisionado? (embestido físico mecánico), no pudiendo determinarse el cálculo de velocidad de los mismos. A fs. 113 del expediente penal agregado, se deja constancia de la entrega a la demandada de la copia de infracción de tránsito por falta de VTV. A fs. 118/129 se produce dictamen pericial accidentalógico por el Licenciado en Accidentología y Prevención Vial Gustavo Eduardo Hollmann, en que no se pudo determinar las condiciones de colisión ni las velocidades de los vehículos; no obstante ello, en las fotografías tomadas sobre el automóvil se observan indicios de baja velocidad de circulación al momento de la colisión. A continuación, el experto dictamina que no se hallaron indicios de desperfectos y/o déficit de rendimiento en los sistemas de seguridad del rodado Ford Ka, mientras que la motocicleta no contaba frenos delanteros al momento del hecho, siendo éstos los que proporcionan mayor capacidad frenado, aportando los traseros una operatividad prácticamente nula. A fs. 135/144 vta. luce obrante análisis fotográfico por el perito Ing. Mecánico Agustín Pravia, observándose en la página N° 9 que la víctima tenía puesta capucha sobre su cabeza aún después de acontecido el siniestro. Por otra parte, el experto dictamina que la velocidad aproximada del automóvil Ford Ka era de 45 km/h al momento del hecho, vehículo que -según su consideración- resulta embestidor físico mecánico, concluyendo que las condiciones mecánicas de la motocicleta no han influido en el evento dañoso por no observar ningún tipo de maniobra evasiva. A fs. 169/171 se presenta dictamen pericial por el Ing. Mecánico Jorge Horacio Lenzetti, quien manifiesta no poder calcular la velocidad de los vehículos al momento del impacto. A fs. 194/196 declara el testigo Sr. Juan Oscar Brun, quien sostiene que la motocicleta circularía a unos 50 km/h, mientras que el vehículo lo hacía a entre 35 y 40 km/h. A fs. 218 declaración el Sr. Jorge Luis Battistella, quien refiere que la víctima llevaba casco, se le había salido de la cabeza, que -según cree- era rojo sin poder asegurarlo y que el accidente ocurrió en horas de la mañana, cerca del mediodía, ya avanzada la mañana. A fs. 235/236 comparece la Sra. Natalia Ester Arévalo y presta declaración testimonial, indicando el que los vehículos circulaban -según cree- a 50 km/h, que -tras el accidente- la demandada repetía ¿no lo ví, no lo ví, no lo ví?, y que ¿el auto choca a la moto con su centro a la derecha?. De la prueba precedentemente indicada, entiendo correctamente distribuida la responsabilidad por el hecho ilícito analizado efectuada por el primer juzgador, toda vez que la demandada Sra. Florencia Soria Nobrega ha logrado acreditar que el hecho de la víctima Sr. Rodrigo Alfredo Bermejo ha tenido entidad suficiente para interrumpir parcialmente el nexo de causalidad adecuado entre el hecho y el daño (arts. 375 y 384 del C.P.C., 1113 del Cód. Civil). En efecto, del análisis de la prueba obrante en la causa surge que la demandada gozaba de prioridad de paso al arribar a la calle Larrea en momentos en que circulaba por calle Güemes, produciéndose la colisión con la motocicleta conducida por la víctima que circulaba a una velocidad sensiblemente superior a la precautoria para una encrucijada urbana sin semáforo (conf. declaraciones testimoniales de fs. 2/3 vta., 194/196 y 235/236 de la causa penal agregada). De allí que considero -al igual que el primer sentenciante- que el Sr. Rodrigo Alfredo Bermejo incumplió su deber de circular en la vía pública con cuidado y previsión de

las consecuencias de su accionar, omitiendo conservar en todo momento el dominio efectivo de su motocicleta, y por ende, debió reducir su velocidad al arribar a la bocacalle ubicada en la intersección de las calles Güemes y Larrea, máxima cuando su ingreso se produjo desde el lado izquierdo (arts. 41 y 51 de la ley 24.449 -ley aplicable al momento del hecho-). Frente a ello, cabe sopesar el estado general de la motocicleta, la que carecía de frenos delanteros siendo éstos los que mayor capacidad de frenado aportan al rodado, presentando los traseros un desgaste tal que los tornaba poco operativos (v. dictámenes pericial de fs. 118/129 y 135/144, y declaraciones testimoniales de fs. 397/398 y 235/236 de la causa penal N° 9425/2011). Si bien dicha circunstancia pudo no haber influido en el evento dañoso ante la inexistencia de maniobras evasivas y por haberse producido el ilícito en forma sorpresiva (v. dictamen pericial de fs. 135/144 de la causa penal agregada), lo cierto es que ineludiblemente impidió a la víctima efectuar maniobras de frenado al arribar a la encrucijada en que se produjo el accidente habiendo accedido a una velocidad superior a la reglamentaria cuando el automóvil que circulaba por la calle Güemes contaba con la prioridad de paso. A diferencia del estado general de la motocicleta y de conformidad con la prueba producida, el automóvil presenta un buen estado de mantenimiento pese a no contar con la Verificación Técnica Vehicular actualizada que lo ratifique (v. fs. 113 y dictámenes periciales de fs. 52/64 y 118/129 de la causa penal N° 9425/2011). Por ello, en atención a la violación de la prioridad de paso y a la excesiva velocidad impresa por la motocicleta, cuya capacidad de frenado era casi nula, entiendo que la víctima cuenta con el mayor porcentaje de responsabilidad por el acaecimiento del hecho ilícito objeto de autos. Ahora bien, la parte demandada también ha contribuido causalmente en el siniestro fundamentalmente por arribar a la encrucijada a una velocidad superior a la máxima establecida por la normativa aplicable al caso, sin perjuicio que no haya podido determinarse con precisión, oscilando -de conformidad con la prueba producida- entre los 35 y 50 km/h (v. declaraciones testimoniales de fs. 194/196, 233/vta. y 235/236, y prueba pericial de fs. 135/144 de la causa penal agregada). Ello pues y sin perjuicio de la violación de la prioridad de paso, considero que si el automóvil hubiera arribado a la encrucijada a la velocidad reglamentaria, existe una alta probabilidad que el siniestro no hubiera acontecido o -al menos- se hubieran reducido las consecuencias disvaliosas del mismo, toda vez que -como surge de la prueba producida- la demandada se vio sorprendida por la presencia de la motocicleta al arribar a la bocacalle (v. declaraciones testimoniales de fs. 397/398; parte policial, declaraciones testimoniales de fs. 2/vta. y 235/236 y pruebas periciales de fs. 52/64, 103/109 y 135/144 de la causa penal N° 9425/2011; conf. SCBA C. 108063 del 9/5/2012, 98620 del 18/11/2009). Para arribar a tal conclusión debe tenerse en cuenta que cuando la velocidad de arribo a la encrucijada es excesiva, la culpa será concurrente llevando el mayor porcentaje de responsabilidad el vehículo que no cumpla con la regla de prioridad de paso por la jerarquía preferente que le acuerda la ley de tránsito (argto. doct. Pascual E. Alferillo, 'La Prioridad de paso en las encrucijadas', pub. En RCyS2010-II, 23, pág. 13). También cabe considerar al respecto lo sostenido por el Máximo Tribunal Provincial: "...La regla de la derecha antes que izquierda no representa ningún 'bill de indemnidad' que autorice al que aparece por la derecha de otro vehículo, a arrasar con todo lo que se encuentre a su izquierda pues tanto el art. 71 de la ley 5800 como el art. 57 de la ley 11.430, imponen al conductor que llegue a una bocacalle la obligación de reducir sensiblemente la velocidad, la que rige tanto para el que se aproxima por la derecha como para el que lo hace por la izquierda..." (SCBA C. 101402 del 11/8/2010, 100055 del 17/6/2009, 101279 del 22/10/2008, Ac. 94577 del 9/5/2007, 81773 del 22/2/2006). A ello cabe agregar que de conformidad con la prueba obrante en autos y tal como lo considera el primer juzgador, el automóvil reviste la condición de embistente físico, situación que -si bien no autoriza per se a establecer la culpa exclusiva de la demandada por el hecho ilícito- debe meritarse (v. declaraciones testimoniales de fs. 397/398; parte policial, declaraciones testimoniales de fs. 2/vta. y 235/236 y pruebas periciales de fs. 52/64, 103/109 y 135/144 de la causa penal N° 9425/2011; conf. SCBA C. 108063 del 9/5/2012, 98620 del 18/11/2009). Por su parte y respecto a la manifestación de los actores que la demandada se encontraría hablando por teléfono al momento del hecho, considero que no ha sido debidamente acreditado en autos, toda vez que sólo surge de una declaración testimonial 'de oídas' en que no se manifestó fehacientemente dicho extremo (v. declaración testimonial de fs. 474/475; arts. 375 y 456 del C.P.C.). Tampoco ello puede presumirse del horario del accidente (8.25 hs.) en consideración con las llamadas realizadas por la demandada desde su teléfono celular (v. acta policial de fs. 1 y declaraciones testimoniales de fs. 2/vta. y 3/vta. de la causa penal N° 9425/2011, y prueba informativa de fs. 438). En suma, considero que la víctima del ilícito ha sido el principal responsable del siniestro, al violar la prioridad de paso y circular a excesiva velocidad, sin perjuicio de la contribución causal de la demandada fundamentalmente a partir del arribo a la encrucijada a una velocidad superior a la reglamentaria, resultando embistente físico del motovehículo. Así las cosas y no existiendo en autos elementos probatorios que permitan efectuar una interpretación contraria de los hechos denunciados, corresponde confirmar el pronunciamiento de primera instancia que considera que el ilícito se produjo en un 70% por responsabilidad de la víctima y en un 30% por responsabilidad de la parte demandada, circunstancia que -a los fines de la fijación de las costas- no quita a la demandada su condición de vencida, pues la admisión parcial de la demanda no resta relevancia a la necesidad de litigar a la que se vieron sometidos los accionantes (argto. SCBA C. 89530 del 25/2/2009, 106548 del 13/11/2012). C) USO DE CASCO

REGLAMENTARIO - INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD POR LOS RUBROS DAÑO MORAL, PSICOLOGICO Y PERDIDA DE CHANCE. Con respecto al uso de casco reglamentario por parte de la víctima al momento del hecho, observo -de la prueba precedentemente analizada- debidamente acreditado su falta de utilización (v. declaración testimonial de fs. 397/398, fotografías de fs. 135/144 vta. y prueba pericial de fs. 75/79 de la causa penal agregada). Por el contrario, sólo ha dado cuenta del uso de casco reglamentario la declaración testimonial del Sr. Jorge Luis Battistella a fs. 218 de la causa penal agregada, testimonio que -a mi criterio- carece de suficiente entidad probatoria al manifestar que el accidente aconteció en horas cercanas al mediodía y no recordar con precisión el color del elemento protectorio (arts. 375 y 456 del C.P.C.). Por otra parte, de la fotografía obrante a fs. 139 de la referida causa penal surge con claridad que la cabeza de la víctima se encontraba cubierta por una ?capucha? aún después de acontecido el accidente, razón por la cual cabe descartar el argumento esgrimido por la actora que la víctima usaba casco protectorio debajo de su ropa de vestir y que a raíz del accidente se le cayó, por resultar ello inverosímil. En consecuencia y partiendo de la falta de uso de casco protectorio, entiendo que ésta ha sido -de conformidad con la prueba producida en autos y de acuerdo a la propia experiencia- causa determinante en el desenlace fatal del caso analizado, independientemente del momento en el cual la víctima perdió su vida o la posición final de su cuerpo (v. declaraciones testimoniales de fs. 397/398; parte policial, declaraciones testimoniales de fs. 2/vta. y 235/236 y pruebas periciales de fs. 52/64, 103/109 y 135/144 de la causa penal N° 9425/2011; argto. jurisp. SCBA C. 108063 del 9/5/2012, 98620 del 18/11/2009, 82177 del 18/6/2003; Cám. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala I, causa N° 48896 RSD 11/6 del 16/3/2006). Repárese que tal como surge del informe de autopsia de fs. 75/79 de la causa penal agregada así como de la prueba pericial mecánica de fs. 530/541, la falta de casco al producirse el accidente ha derivado en las graves lesiones que causaron la muerte de la víctima. Es por ello que considero justificada la reducción del 50% en los rubros reclamados que tuvieron directa conexión con la infracción cometida por la víctima -daño moral, psicológico y pérdida de chance-, toda vez que -de acuerdo a las lesiones sufridas esencialmente en el sector de la cabeza y a tenor de cómo sucedieron los hechos- el uso de casco protectorio hubiera reducido sensiblemente la entidad de las lesiones producidas y la posibilidad del desenlace fatal acontecido.

D) AGRAVIO DE LA DEMANDADA: LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR DAÑO EMERGENTE. En primer lugar, cabe recordar lo prescripto por el artículo 272 del C.P.C., que en su primer párrafo dispone: "El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...". Resulta así que aquellas cuestiones que no fueron planteadas al Juez de grado no pueden ser materia de apelación, atento que ésta presupone la consideración previa por el juzgador de los hechos que se someten a revisión (argto. jurisp. esta Sala, causas N° 3625/07 RSD 14/10 del 9/2/2010, 145120 RSD 135/11 del 10/8/2011). En este sentido enseña Hitters que: "excede los límites del recurso de apelación el tratamiento de temas introducidos como alternativa recién en segunda instancia, toda vez que la alzada no puede fallar sobre cuestiones no planteadas en el primer grado (...) la alzada, por ser un área de revisión, carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que la función prístina del ad quem no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior" (Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", Librería Editora Platense, Cdad. de La Plata, 2000, págs. 404/406). Consecuentemente, cuando se somete una cuestión a la revisión del Tribunal de segunda instancia no pueden incorporarse defensas que no fueron previamente expuestas al Juez de grado, porque de admitirse su planteo, la Cámara no cumpliría una función "revisora", sino de segundo tribunal al que pueden llevarse nuevos argumentos, lo que se encuentra vedado por nuestro ordenamiento procesal (arts. 266 y 272 del C.P.C.; argto. jurisp. esta Sala, causas N° 145111 RSD 8/10 del 2/3/2010, 145120 RSD 135/11 del 10/8/2011; esta Cámara, Sala I, causa N° 130718 RSD 51/6 del 2/3/2006, Sala II, causa N° 113978 RSI 1029/00 del 12/10/2000, causa N° 116744 RSI 516/1 del 7/6/2001). Por consiguiente, y teniendo en cuenta que cuando se somete una cuestión a la revisión del Tribunal de segunda instancia no pueden incorporarse argumentos o defensas que no fueron previamente expuestas al Juez de grado, porque de admitirse su planteo, la Cámara no cumpliría una función "revisora", sino de segundo tribunal al que pueden llevarse nuevos argumentos, entiendo que los fundamentos de la falta de legitimación de la actora para reclamar el resarcimiento del rubro ?daño emergente? vertidos por la apelante en su expresión de agravios resultan inadmisibles (arts. 260, 272 y ccdtes. del C.P.C.; argto. doct. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", 2da. Ed., Librería Editora Platense, Cdad. de La Plata, 2004, pág. 420; argto. jurisp. esta Sala, causas N° 145111 RSD 8/10 del 8/2/2010, 145120 RSD 135/11 del 10/8/2011; esta Cámara; Sala II, causas N° 116744 RSI 516/1 del 7/6/2001, 113978 RSI 1029/00 del 12/10/2000). En efecto, frente a la pretensión de resarcimiento del rubro ?daño emergente?, la parte demandada -así como la citada en garantía- limitó sus defensas a la falta de acreditación de las reparaciones efectuadas en el motovehículo, no objetando en tiempo oportuno la procedencia del parcial mediante la correspondiente excepción ni oponiendo argumentación específica sobre la legitimación de los reclamantes (v. fs. 177/196 y 252/261 vta.; argto. arts. 272, 354 inc. 1 y ccdtes. del C.P.C.). De lo expuesto, se desprende que en consideración a que el ámbito de conocimiento de la Alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones que fueran sometidas al juez de la causa, no resulta admisible -en este caso- la introducción de argumentos, como defensa ante el

reconocimiento del rubro "daño emergente", referidos a la falta de legitimación de los accionantes para reclamar el resarcimiento de dicho parcial por no haberse acreditado la titularidad de la motocicleta (fs. 779/784), pues ellos no fueron objeto de debate en la instancia anterior. De ello deviene que resulta improcedente que la demandada aparezca contradiciendo -en esta instancia- a su contraparte en base a argumentaciones no expuestas en el momento procesal pertinente (argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 146863 RSD 324/10 del 29/12/2010; esta Cámara, Sala I, causa N° 119452 RSD 244/2 del 19/8/2002; Sala II, causa N° 100645 RSD 135/97 del 20/5/1997, causa N° 110941 RSD 531/99 del 2/12/1999). Así las cosas, en virtud de todo lo expuesto y resultando extemporáneo el planteo efectuado por la apelante como argumentación de su defensa frente al reconocimiento del rubro "daño emergente", no cabe más que rechazar el agravio bajo análisis (arts. 260, 272 y ccdtes. del C.P.C.). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Ramiro Rosales Cuello votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Aceptar las excusaciones formuladas por los Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi a fs. 769/770 por las causales allí invocadas. II) Rechazar el recurso de apelación de interpuesto a fs. 769 por la parte actora, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.). III) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 761 por la citada en garantía, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.). IV) Rechazar el recurso de apelación de fs. 763 por la parte demandada, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.) y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 719/757. V) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Ramiro Rosales Cuello votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se aceptan las excusaciones formuladas por los Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi a fs. 769/770 por las causales allí invocadas. II) Se rechaza el recurso de apelación de interpuesto a fs. 769 por la parte actora, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.). III) Se rechaza el recurso de apelación deducido a fs. 761 por la citada en garantía, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.). IV) Se rechaza el recurso de apelación de fs. 763 por la parte demandada, con costas a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.) y, en consecuencia, se confirma la sentencia de fs. 719/757. V) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase. 013686E