



NEUQUEN, 22 de marzo del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"COSTICH MARTIN GABRIEL Y OTRO C/ VEGA DANIEL ESTEBAN Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (JNQC15 EXP N° 503051/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo **MEDORI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 170/176, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por el rechazo de la demanda, señalando que la a quo consideró exclusivo responsable de su propia muerte a un niño de tan solo 12 años, por haber cruzado una arteria por fuera de la senda peatonal, exonerando de responsabilidad a los demandados, sin advertir que el niño intentó el cruce en una zona urbanizada, respecto de un camino recto, con excelente visibilidad, sin más automotores que los involucrados, quienes circulaban en evidente y comprobado exceso de velocidad, ya que lo hacían a una velocidad mínima de 84 km/hora, cuando no debían superar los 60 km/hora, conforme la profusa cartelería existente en el lugar.

Refiere al bloque de constitucionalidad en cuyo marco debe resolverse el caso.

Dice que la jueza de grado y las partes están de acuerdo en que el niño fue embestido por los dos automotores, y que murió como consecuencia de ello, entendiendo que estos extremos obligaban a la a quo a tener por configurada la conducta antijurídica atribuida a los demandados, consistente en no dañar a terceros, menos aún a un niño.



Agrega que los dictámenes periciales, tanto el de sede penal como el de autos, coinciden en que el niño fue embestido cuando los dos automotores circulaban muy por encima de la velocidad máxima permitida en el lugar, siendo esta la causa principal y excluyente del siniestro.

Destaca que el perito en accidentología de autos expresó que la causa determinante del siniestro es la velocidad que desarrollaban los vehículos, puesto que el conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo; y que conforme la velocidad a la que circulaba el rodado Chevrolet Astra, la cual es superior a la permitida por la ley nacional, y en las circunstancias en que se desarrolló el accidente, resultaba inevitable el contacto entre éste y el peatón.

Insiste en que la velocidad de circulación de ambos vehículos era de 84 km/hora.

Afirma que los conductores actuaron con total imprevisión y desprecio por la vida del niño ya que la conducta esperada era la de disminuir la marcha al advertir que estaba intentado cruzar la ruta, y pone de manifiesto que la conducta del conductor del Astra es más grave ya que se dio a la fuga, y recién pudo ser ubicado muchas horas después del siniestro.

Sostiene que los demandados debieron haberse representado el hecho de la aparición de un peatón ante la cercana presencia de un cruce peatonal. Señala que el conductor del vehículo Citroen dijo haberlo visto, y también el testigo que cita la jueza de primera instancia dice que vió al niño, pese a que circulaba detrás de los dos autos embistentes.



Considera que la conducta del niño no es apta para interrumpir el nexo causal, con las características que requiere el art. 1.113 del Código Civil. Cita doctrina y jurisprudencia.

Critica la afirmación de la jueza de grado en orden a que la velocidad del Citroen resultaba solamente un poco superior a la permitida, y que no se probó que el Astra circulara en exceso de velocidad, calificándola como una afirmación vacua, dogmática. Reitera lo informado por los peritos.

Sostiene que las conclusiones del fallo escapan las leyes lógico-formales, o las transgreden. Cita jurisprudencia.

Dice que la sentencia recurrida viola la doctrina de las Salas II y III de esta Cámara de Apelaciones, en cuanto a que el cruce por fuera de la senda peatonal no exculpa al conductor del automotor que embistió a un peatón.

Solicita que para el cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente se aplique la fórmula Méndez.

Hace reserva del caso federal.

b) El demandado Cruces y la aseguradora citada en garantía contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 219/225.

Dice que el actor no se hace cargo de la imputación de responsabilidad -en forma principal- que se efectúa en la sentencia de grado respecto de la conducta asumida por el menor.

Sigue diciendo que de la prueba aportada a la causa, la a quo deduce que no fue la velocidad a la que circulaba el señor Vega la causa determinante del accidente, sino el accionar absolutamente imprevisible del menor que tomó por sorpresa al conductor embistente.

Recuerda que los dictámenes periciales no tienen carácter vinculante.



Agrega que aún dando por probada la velocidad a la que circulaba el vehículo Citroen por la ruta nacional n° 22, lo cierto es que el menor se encontraba realizando el cruce de dicha ruta en dirección cardinal Sur-Norte por un lugar no permitido, cuando el semáforo se encontraba con luz verde para el paso de los vehículos circulantes. Señala que allí no termina la conducta imprudente de la víctima, sino que al llegar hasta el guarda rail no continúa su marcha en idéntica dirección, sino que intenta regresar hacia el Sur, presumiblemente al percatarse del peligro inminente ante el cual se encontraba, lo que provocó que el conductor del vehículo Citroen, quién ya había iniciado la acción de frenado e intentado una maniobra de evasión no pudiera evitar impactarlo.

Advierte sobre que la aparición del menor en el camino de los vehículos fue doblemente sorpresiva, primero porque el niño se incorporó a la ruta estando habilitado el paso del tránsito vehicular, y que además lo hizo por fuera de la senda peatonal.

Destaca que la jueza de grado entendió que aún cuando la velocidad hubiera sido la reglamentaria, el hecho que el niño cruzara la ruta por un lugar no habilitado y que, además, volviera sobre sus pasos, de todas formas constituiría una situación imprevisible de extrema sorpresa para el conductor del automotor.

Considera que en autos ha existido culpa de la víctima, argumentando sobre esta cuestión.

Manifiesta que mantiene vigentes las defensas oportunamente opuestas, las que no fueron tratadas por la a quo en atención a la decisión adoptada en la instancia de grado.

c) Los demandados Vega no contestan el traslado de la expresión de agravios.



II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y luego de un exhaustivo análisis de las constancias probatorias, adelanto opinión en orden a que el recurso de apelación es parcialmente procedente.

Conforme las constancias de la causa, el accidente de tránsito que ocasionara la muerte del menor Rodrigo Costich -hijo y nieto de los actores- tuvo lugar el día 18 de agosto de 2013, aproximadamente a las 14,30 horas, en oportunidad en que el niño intenta cruzar la ruta nacional n° 22 -dentro del ejido urbano de la ciudad de Neuquén, a la altura de la calle Winter-, en dirección sur-norte, por fuera de la senda peatonal, y llegando al guarda rail que separa las dos manos de la ruta, retrocede e intenta volver hacia el sur. En ese momento es atropellado por el vehículo Citroen 3 CV - con sentido de circulación oeste-este-, impacto que desplaza al niño hacia el carril exterior de la ruta, donde es embestido por el automóvil Chevrolet Astra, cuya rueda trasera aplasta su cráneo, siendo esta la causa del fallecimiento, conforme certificado de defunción de fs. 9.

Esta mecánica del accidente, como sus circunstancias de tiempo y lugar, no se encuentran controvertidas en segunda instancia, criticando el recurrente que se haya determinado la existencia de culpa exclusiva de la víctima en la producción del hecho dañoso, con prescindencia de la conducta de los conductores de los vehículos, concretamente en cuanto a la velocidad desarrollada en ese momento y la diligencia en la conducción de sus rodados.

También llega firme a esta instancia el encuadramiento jurídico realizado por la a quo en las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield, el que, además, resulta correcto dado la fecha de acaecimiento del hecho dañoso.

Ninguna duda cabe que la conducta del niño, víctima del accidente, ha sido imprudente.



Si bien nos encontramos dentro de la ciudad de Neuquén, el sector de la ruta que pasa por su ejido es una avenida de cuatro carriles, dividida por un guarda rail, de alto tránsito, y que cuenta con sendas peatonales semaforizadas para su cruce.

Claro está que esta imprudencia es más de los padres y familiares que permitieron que un niño de 12 años cruzara solo una ruta peligrosa, que del propio menor.

Pero más allá de ello, es claro que la conducta del niño ha sido la causa del accidente de tránsito. No solo emprendió el cruce de la ruta por fuera de la senda peatonal, sino que, además, cuando advierte la situación en la que se encontraba, en lugar de tratar de quedarse cerca del guarda rail o alcanzar el paso habilitado como senda peatonal, vuelve sobre sus pasos, lo que hizo que el impacto con los automotores fuera prácticamente insuperable.

No obstante ello, también ha coadyuvado en la producción del evento dañoso la conducta de los demandados.

En oportunidad de sentenciar la causa "Del Egido c/ A.V. Group S.A." (expte. n° 402.833/2009, P.S. 2013-III, n° 88) sostuve que: *"En un comentario a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Gustavo R. Meilij sostuvo que "Hace más de treinta años, advertimos que el peatón distraído era un riesgo común e inherente al tránsito; consideración que conduce a tener en cuenta las circunstancias propias del caso para graduar culpas y distribuir las concurrentemente, o para atribuirla con exclusividad a la víctima...Desde entonces, la doctrina ha estudiado específicamente esta cuestión, admitiendo que tal figura no es ajena a lo que acostumbra ocurrir regularmente en el ámbito topográfico de la circulación vial y que tal conducta no puede ser ignorada por los automovilistas ya que forma parte de las que deben considerarse al valorar el cumplimiento del deber de cuidado, según las pautas impuestas por los arts. 512 y 902,*



CCiv... El ejercicio de una real prudencia, conforme lo exigen las normas civiles ut supra invocadas, no consiste solamente en el cuidado propio de la conducta de quién está a cargo del dominio del rodado (guardián de facto), sino también la consideración de la particular negligencia en que pudieran incurrir un tercero, automovilista o peatón.

"...Por ello cabe afirmar que el principio indicativo en esta materia impone una conducción atenta y prudente, con disposición anímica y posibilidad funcional de detener inmediatamente el conducido ante cualquier obstáculo... Pero este deber de atención y prudencia conductiva no puede ser exigido a extremos tales que hagan imposible un tránsito normal, teniendo sus límites en las imprudencias manifiestas cometidas por los peatones o terceros cuando tales conductas impliquen exceder todo margen normal de imprevisión.

"...La mencionada regla de la prudencia conductiva también comprende a los peatones, quienes del mismo modo que los automovilistas, deben guardar una adecuada disciplina vial, en tanto pretendan circular dentro del ámbito en el cual el tráfico vehicular tiene preferente circulación, por estar adaptada la calzada a sus necesidades operativas..." (cfr. aut. cit., "El peatón distraído en el ámbito de la circulación vial", JA, fascículo 1 - 2011 - IV, pág. 55/56).

"Integrando esta Sala II me he expedido respecto a que la aparición de la figura del peatón distraído o desaprensivo es un hecho que se presenta, si no normalmente, al menos ocasionalmente; por lo que el conductor debe estar suficientemente alerta como para sortear esas emergencias (autos "Montecino c/ Domínguez", P.S. 2011-I, n° 20; "Sánchez Pascal c/ Ferrero", P.S. 2011-V, n° 184)".

Esta posición fue sostenida también en autos "Torremare c/ Mantecon" (expte. n° 351.538/2007, P.S. 2015-VII, n° 151).



Los fallos de otros tribunales nacionales coinciden con este criterio.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala H, "Ramírez c/ Grieco", 8/10/2003, LL AR/JUR/7722/2003) responsabilizó en forma concurrente al peatón y al conductor, pues si bien el primero actuó negligentemente al efectuar un cruce sin la debida atención y prudencia, el conductor del rodado embistente vulneró las normas de tránsito al circular a una velocidad inadecuada como para mantener el pleno dominio de su rodado y evitar la colisión.

La Sala J de la Cámara señalada, por su parte también atribuyó culpa concurrente en el accidente de tránsito, del que resultara el fallecimiento del peatón, sosteniendo que la indebida conducta vial del peatón al cruzar la ruta por un lugar inadecuado operó como desencadenante del suceso, agravada por la falta de atención puesta de manifiesto en la emergencia, en tanto la responsabilidad del conductor del vehículo nace de manejar sin la diligencia y precaución debidas con relación a las contingencias del tránsito ("Pesoa c/ Empresa La Victoria Transporte de Pasajeros S.R.L.", 21/6/2006, LL AR/JUR/8882/2006).

Sin embargo, los criterios antedichos son criticados por Fernando A. Ubiría, el que sostiene que *"...la culpa de la víctima...está prevista en el art. 1.113 del Código Civil como una causal de eximición autónoma, diferente del caso fortuito, y ello también se desprende de otras normas diseminadas en el Código de Vélez. No corresponde, entonces, asimilarlas, y más aún si se considera que el caso fortuito es una figura que, aunque aplicable a ambas órbitas de la responsabilidad, tiene contornos que se amoldan mejor a la dimensión contractual.*

"Valga para ello como ejemplo la llamada doctrina del peatón distraído, quién junto con el peatón imprudente en



ocasiones son considerados, sin más, una contingencia común del tránsito y que -por tanto- imponen al conductor (incluso al que circula a velocidad reglamentaria) el deber de prever su aparición y lograr detener el vehículo siempre que las circunstancias lo requieran.

"Sin perjuicio que el análisis de la previsibilidad en abstracto, propio de la relación causal, pareciera conferirle sustento -al menos en un país con un tránsito como el nuestro-, no es menos cierto que en la práctica importa una exigencia que sólo puede ser satisfecha por un superhombre. La jurisprudencia se muestra demasiado rigurosa en cuanto a las cualidades requeridas para romper el nexó causal, ya que se requiere una imprevisibilidad, irresistibilidad o inevitabilidad dignas de encontrar en hombres supra cautelosos.

"A la par, respecto a la otra cara de la misma moneda, los desidiosos comportamientos de los peatones sobre los que aquí hacemos foco, su benévola contemplación por parte de la jurisprudencia importa el reino de los necios, ya que, bajo el prisma de la previsibilidad en concreto, no cabría exigirles otro comportamiento más que el acostumbrado propio, por más reprochable que fuera. Así, se impone la aplicación de la vara comparativa que puede denominarse el peatón diligente" (cfr. aut. cit., "La culpa de la víctima en los daños por las cosas. El peatón distraído", LL 2010-A, pág. 742).

Si bien es cierto que el peatón debe respetar las reglas del tránsito vehicular, también lo es que no puede pedirse la misma diligencia a quién circula caminando, que a quién conduce una cosa potencialmente dañosa, como lo es un automóvil. Es el automovilista quién introduce un riesgo en la vida social, y no el peatón, por lo que cabe requerir mayor diligencia y prudencia al primero.

Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa, con cita de Juan José Casiello, señalan que el automóvil puesto en



circulación en la ruta o en las calles es una cosa riesgosa con alta probabilidad de ocasionar daños (cfr. aut. cit., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley 2004, T. III, pág. 746).

El uso habitual de automotores para trasladarnos no puede hacernos perder de vista la potencialidad dañosa de aquellos, y el cuidado y prudencia con que deben ser conducidos.

Los testimonios rendidos en la causa penal que tengo a la vista coinciden respecto de la conducta del niño. El testigo Juan Manuel Rabanal (acta de fs. 19/20) relata: *"...iba manejando por ruta 22 con dirección Este por la banda interna, delante de mí transitaba un automóvil Citroen C3 color celeste, pasamos la YPF de calle Bahía Blanca, continuamos y observo a un chico que cruzaba caminando por el medio de la ruta con dirección Norte hacia el guardarail, el auto Citroen intenta frenar pero continua su marcha, sigo observando que el chico llega hasta el guardarail pero vuelve, es ahí donde lo atropella el Citroen, lo expulsa hacia la derecha, el cuerpo volaba por el aire y lo colisiona un automóvil Astra color negro..."*.

El testigo Martín Scrimaglia (acta de fs. 21/vta. de la causa penal) dice: *"...circulábamos por ruta despacio, pasamos un semáforo, delante nuestro iba un Citroen C3 celeste, un poco más adelante pero en el carril lento iba un Chevrolet Astra negro, en un momento veo un chico con intenciones de cruzar la ruta, lo atropella el Citroen, lo levanta y lo arroja hacia la derecha, donde el Astra lo pasa por encima..."*.

El informe pericial obrante a fs. 143/146 vta. de la causa penal informa que: *"...Por los dichos de los testigos, el peatón intentaba cruzar ruta nacional 22 en dirección cardinal Sur-Norte, llega hasta el guardarail y regresa hacia el sur, en ese momento el Citroen que había accionado los*



frenos y realizaba una maniobra de evasión colisiona al menor arrojándolo hacia el lateral sur...el punto del primer impacto se encuentra fuera de la senda peatonal destinada al cruce de Ruta 22, dando cuentas que el peatón realizaba la maniobra fuera del sector de seguridad delimitado por la señalización horizontal.

"La velocidad calculada para el Citroen C3 es de 84 Km/hora, superior a la permitida en el sector (60 km/hora).

"Respecto a la velocidad del Astra, se puede asegurar que era similar a la del Citroen, atento a la mecánica descrita...La causa determinante del siniestro es la velocidad de los vehículos involucrados...".

Por su parte la perito en accidentología de autos coincide con la mecánica del accidente y entiende que, conforme la huella de frenada del automóvil Citroen, la velocidad mínima de circulación de este vehículo era de 84 km/hora, y agrega "...se deja aclarado que dentro del sistema de colisión intervinieron y disiparon varias energías (calor, ruido, deformación, proyecciones post-impacto, arrastre, etc.), datos que no pueden ser estimados objetivamente haciendo imposible su inclusión dentro de la ecuación. Por lo tanto, en todas las ecuaciones precedentes se calculó únicamente la velocidad mínima probable de circulación del vehículo, definiendo mínima a la imposibilidad de que el rodado hubiera circulado por debajo del valor obtenido en las ecuaciones.

"En cuanto a la velocidad a la que circulaba el vehículo marca Chevrolet modelo Astra...se puede aseverar que era similar a la que sostenía el vehículo Citroen C3 por cuanto circulaba a la par de éste, conforme lo relata la mecánica descrita; lo cual surge del expediente penal" (fs. 142/vta.).

Si bien este informe pericial fue impugnado por los demandados, las explicaciones dadas por la perito resultan



satisfactorias en orden a que los cálculos efectuados lo fueron en base a las huellas de frenada (fs. 152).

Partiendo de estos elementos probatorios y, como lo adelanté, la conducta del niño ha sido imprudente, ya que emprendió el cruce de la ruta nacional 22 por fuera de la senda peatonal, la que contaba con semáforos, y al llegar al guardarail, vuelve sobre sus pasos, siendo atropellado en ese momento.

Pero advierto que la velocidad que los demandados imprimieron a sus vehículos ha sido también un factor concausal del accidente.

Ya me he expedido en autos "Candia c/ Herrera" (expte. n° 399.291/2009 y su acumulado n° 448.216/2011, P.S. 2015-VII, n° 166) respecto a que *"Ninguna duda tengo que a mayor velocidad menor control del automotor. La reacción frente a imprevistos -que los hay siempre en el tráfico- presenta más dificultad si se conduce a velocidades que no permiten un completo dominio del automotor (art. 50, Ley 24.449). Consecuentemente, si en la zona del accidente la velocidad máxima permitida era de 60 km/hora, el hecho de circular a más del doble de este límite se convierte en concausa del hecho dañoso. De haber respetado la indicación de la señal de tránsito, quizás el impacto podría haberse evitado, o ser de menor entidad"*.

En autos, si se observan los croquis de fs. 137 vta./138 y de fs. 141 se advierte que el primer impacto se produce a escasos metros del cruce peatonal, que existe antes de dicho cruce un cartel indicador que advierte "Cruce peatonal y semáforos" y que, traspuesto el cruce como así también antes de él, obran carteles indicadores de la velocidad máxima permitida: 60 km/hora.

Por otra parte tal velocidad máxima (60 km/hora) es también la establecida por la ley 24.449 para la



circulación por rutas cuando atravesen zonas urbanas (art. 51 inc. e) apartado 4.).

De lo dicho se sigue, que los demandados circulaban a velocidades superiores a las permitidas para el lugar (el vehículo Citroen lo hacía, por lo menos a 84 km/hora, pudiendo haber circulado a mayor velocidad; y el vehículo Chevrolet lo hacía a similar velocidad que éste, conclusión que resulta lógica a poco que se advierta que estaban a la par).

Luego, estaban en cercanías de un cruce peatonal, por lo que la presencia de un peatón que intentara cruzar la ruta no puede calificarse como un hecho imprevisible.

El cruce peatonal contaba con semáforos, no surgiendo de ninguna constancia del expediente que aquél habilitara el paso de los vehículos. Un solo testimonio habla de que pasaron un semáforo (que por la ubicación de los vehículos en los croquis confeccionados por los peritos es el ubicado en la intersección con calle Bahía Blanca), pero no alude a si el semáforo peatonal estaba en funcionamiento o, en su caso, al color en que se encontraba la señal lumínica, teniendo en cuenta que de acuerdo con el informe policial de fs. 2 vta. de la causa penal, dicho semáforo se activa en forma manual con un pulsador por el peatón.

No obstante ello, por el lugar donde sucede el primer impacto puede presumirse que el niño no había activado el semáforo, ya que tengo para mí que la persona menor de edad intentó el cruce del primer tramo de la ruta en diagonal, desde fuera de la senda peatonal para alcanzar luego esta última y el paso abierto en el guardarail, en atención al lugar del primer impacto.

Sin perjuicio de la duda sobre la señal del semáforo, la conducta de los demandados ha contribuido a la producción del hecho dañoso, toda vez que no sólo conducían a una velocidad sensiblemente superior a la permitida por la



cartelería y la ley nacional de tránsito, sino también porque aquella no era la adecuada a las circunstancias ya que se encontraban en cercanías de un cruce peatonal, no siendo imprevisible que existiera un peatón con intenciones de cruzar la ruta, conforme ya lo he señalado, aún cuando dicho cruce se emprendiera por fuera de la senda peatonal, aunque a pocos metros de ella.

De no haber mediado el retroceso de la persona menor de edad, hubiera atribuido la exclusiva responsabilidad en el hecho dañoso a los demandados, pero dicho retroceso (la víctima llegó hasta el guardarail y emprendió el regreso) adquiere el carácter de imprevisible que exime parcialmente de responsabilidad a los demandados, quienes, no obstante ello y de haber circulado a una velocidad precautoria, hubieran podido evitar el impacto, o éste ser de menor entidad. Como así también de no haber mediado el regreso imprevisto del niño al carril de la ruta, el impacto también se hubiera evitado, ya que el automotor Citroen había iniciado una maniobra de evasión, conforme lo explica la pericia técnica realizada en sede penal y surge de los croquis ya indicados.

La jurisprudencia tiene dicho que resultan responsables en forma concurrente, por partes iguales, el automovilista que embistió fatalmente a un menor que cruzaba transversalmente la avenida donde ocurrió el siniestro, pues la existencia del hecho está determinada por la impericia e imprevisión del agente conductor y por la imprudencia y negligencia de la víctima al cruzar la calzada fuera de la franja de cruce reglamentario, colocándose por su propia acción en situación de riesgo (Cám. Apel. Civ. y Com. Resistencia, Sala II, "Pérez c/ Arévalo", 7/8/2008, LL AR/JUR/5642/2008).

En igual sentido se ha sostenido que el conductor del camión y los padres de los menores que fallecieron mientras intentaban el cruce de una ruta son responsables de



modo concurrente por el siniestro ocurrido, pues si bien el conductor ante el previsible cruce de peatones en una zona urbanizada y con escasa iluminación, incumplió el deber de circular la máquina bajo su dominio a una velocidad de paso de hombre, los padres debían haber extremado los recaudos a fin de evitar que los menores salgan de la protección del hogar a una ruta potencialmente peligrosa (Cám. Apel. Civ. y Com. Tucumán, Sala I, "Molina c/ Aguirre", 25/8/2008, LLAR/JUR/10235/2008); y que los automovilistas que embistieron al menor que emprendía el cruce de una ruta y los padres de éste, resultan responsables concurrentemente por los daños y perjuicios derivados del accidente, pues, si bien los primeros circulaban a excesiva velocidad en una zona de descenso de pasajeros, lo cual tornaba previsible la presencia de peatones, existió una desatención de los progenitores en la vigilancia y seguridad de la víctima (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala F, "Contreras Mamani c/ Muñoz", 24/8/2009, LLAR/JUR/33342/2009).

Teniendo en cuenta, entonces, las conductas desplegadas por los involucrados en el hecho dañoso entiendo que cabe atribuir la responsabilidad en su producción en un 50% para la víctima y un 50% para los conductores de los rodados.

III.- Sentado lo anterior que importa la revocación del fallo de grado, corresponde analizar la procedencia de los daños reclamados por la parte actora, como así también la defensa de la aseguradora citada en garantía.

Los padres de la víctima reclaman la reparación del valor vida de su hijo (art. 1.084 del Código Civil), pretendiendo en tal concepto la suma de \$ 500.000,00 en conjunto; indemnización por pérdida de chance por la suma de \$ 300.000,00 en conjunto; e indemnización por daño moral, la que valúan en la suma de \$ 300.000,00 para cada uno de los progenitores.



Existen distintas posturas respecto de los daños materiales a indemnizar como consecuencia de la muerte de un hijo menor de edad.

Rubén H. Compagnucci de Caso, con cita de doctrina y jurisprudencia, señala que en esta cuestión han aparecido dos posibilidades: la indemnización por la pérdida de la vida independientemente de cualquier otra especulación (el llamado valor vida) y la reparación a los sucesores por la posibilidad de ayuda económica que -en el caso de los hijos menores- podrían realizar en el futuro a favor de los padres, ubicado esto jurídicamente como pérdida de chance (cfr. aut. cit., "El daño resarcible y la pérdida de chance", LL 0003/010409).

Esta Sala II tiene dicho que el daño significa el menoscabo a valores económicos o patrimoniales (daño material) o bien la lesión al honor o a afecciones legítimas (daño extrapatrimonial). De ello se sigue que la indemnización de cualquier daño resarcible debe ser encuadrada en uno de estos dos rubros: material o patrimonial, o moral o extrapatrimonial. No hay posibilidad de incluir otras categorías.

Esta distribución entre consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de un hecho dañoso es mantenida por el actual Código Civil y Comercial (arts. 1.738 y 1.741).

En esta senda conceptual entiendo que la vida humana no tiene un valor en sí misma, postura que es mayoritaria en doctrina y jurisprudencia (cfr. aut. cit., op. cit.; Tavano, María Josefina, "La indemnización del daño material y moral cuando se trata de la vida de un menor", LL AR/DOC/2849/2006).

Es así que la muerte del niño de autos tiene, para sus padres, o consecuencias materiales, entendidas como



pérdida de chance; o consecuencias morales, en cuanto al dolor espiritual que la pérdida del hijo les provoca.

No procede, entonces, la reparación del valor vida pretendida por los progenitores del menor de edad.

Luego, requieren los padres la reparación de la pérdida de chance, frustrada por la muerte del hijo.

Esta cuestión tampoco es pacífica, existiendo autores y jurisprudencia -minoritarias- que entienden que cuando se trata de la muerte de una persona de corta edad, en tanto no aportaba nada al sostenimiento del hogar, no puede presumirse objetivamente que en un futuro esté en condiciones de ayudar a sus padres o colaborar con ellos. Por lo que para esta corriente de pensamiento la única reparación procedente en supuestos como el de autos es la del daño moral.

Sin embargo, como lo señalé, se trata de una posición minoritaria, en tanto que no puede pasarse por alto que la experiencia indica que, en general y en nuestro país, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad y ejercen una actividad laboral, cuanto menos colaboran económicamente con sus progenitores.

Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas sostienen que el daño, para dar pie a una demanda resarcitoria, debe existir; no ser puramente imaginario, nacido de la fantasía o del temor. Y agregan, "*Empero doctrina y jurisprudencia admiten que pueda tratarse no de un daño actual, sino de un daño futuro, siempre que su probabilidad de llegar a existir sea abonada científicamente; no un mero daño hipotético o conjetural... Las denominadas chances no son sino daños futuros de probabilidad cierta o razonable*" (cfr. aut. cit., "Código Civil comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. "Responsabilidad Civil", pág. 30).

La Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, con cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho



que en caso de muerte de un hijo menor, lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia la vida de un hijo muerto en un hecho ilícito; esa indemnización cabe como pérdida de una oportunidad que en el futuro, de vivir el menor, hubiera representado una ayuda o sostén económico para sus padres (autos "Q., O.O. c/ M. de S.N.", 22/6/2007, LLAR/JUR/13791/2007).

Trasladando estos conceptos al caso de autos, poco se ha probado respecto a las expectativas del niño fallecido. Cabe señalar que éste contaba con doce años de edad al momento de su muerte, pudiendo presumirse que se encontraba finalizando la instrucción primaria, pero resulta sumamente prematuro evaluar si hubiera transitado la educación secundaria y la terciaria o universitaria. Aunque sí es casi seguro que, en algún momento, hubiera comenzado a trabajar, por lo que existe una alta probabilidad que estuviera en condiciones de brindar asistencia a sus progenitores.

Tampoco tenemos datos respecto de la situación de los padres del niño, a que se dedican, cuáles son sus ingresos.

Por otra parte, también debemos considerar la posible sobrevida de los padres y que el niño, alcanzada la mayoría de edad, hubiera probablemente formado una familia, por lo que la ayuda que podría destinar para sus padres hubiera disminuido.

Estos antecedentes impiden la utilización de una fórmula matemática para el cálculo de la reparación.

Sopesando estos extremos, estimo que en concepto de pérdida de chance resulta razonable determinar su reparación en la suma de \$ 100.000,00 para cada uno de los progenitores; y teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad determinada precedentemente, la demanda



progresa por este rubro por la suma de \$ 50.000,00 para el padre y una suma igual para la madre.

IV.- Respecto de la reparación del daño moral sufrido por los padres del niño muerto, éste es fácilmente comprobable a poco que se analice lo que significa en la vida de un ser humano la muerte de un hijo, que altera el orden natural de los acontecimientos.

Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio *alterum non laedere* que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160).

Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463).

Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que *"El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización."*

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial."



"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica... Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización... Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro... El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del *id quod plerunque fit*, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración...La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La indemnización del daño moral. Evaluación del *pretium doloris*", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).

Si bien es difícil determinar una reparación económica para tremendo dolor, considerando que de acuerdo con



los testimonios de autos el niño no convivía con sus progenitores, sino con los abuelos paternos, quienes fueron los que asumieron su crianza, entiendo que la suma de \$250.000,00 para cada uno de los padres representa una indemnización adecuada para el daño extrapatrimonial.

Teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad en la producción del hecho dañoso, esta indemnización progresa, entonces, por la suma de \$125.000,00 para cada uno de los padres.

V.- Los abuelos paternos de la víctima reclaman indemnización por daño moral.

La parte actora ha planteado la inconstitucionalidad del art. 1.078 del Código Civil. Sin embargo, entiendo que la expresión herederos forzosos que utiliza dicho artículo comprende a los abuelos, por lo que no resulta necesario efectuar el test de compatibilidad con la Constitución Nacional.

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el concepto de herederos forzosos debe ser entendido en sentido amplio, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque ellos pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión ésta que se compadece con el carácter iure propio de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., op. cit., pág. 117).

Por su parte Matilde Zavala de González entiende que la norma del art. 1.078 del Código Civil otorga legitimación a abuelos y bisabuelos, como así también a nietos y bisnietos (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Resarcitorio", Ed. Juris, 2006, T. I).

Zanjada la cuestión de la legitimación de los abuelos para pretender la reparación del daño moral por la



muerte del nieto, surge de las declaraciones testimoniales de fs. 115/118 vta., que los abuelos criaron a su nieto desde que éste tenía un mes de vida, señalando que la abuela prácticamente cumplía el rol de madre.

Considerando esta circunstancia y el dolor lógico por la pérdida de un nieto, entiendo que la indemnización por daño moral para los abuelos debe determinarse en la suma de \$ 200.000,00 para cada uno de ellos, y teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad, la demanda progresa por este concepto por la suma de \$ 100.000,00 para cada abuelo.

VI.- En definitiva la demanda progresa por las sumas de \$ 175.000,00 para Perla Carmen Costich; \$ 175.000,00 para Martín Gabriel Costich; \$ 100.000,00 para Inés Lilian Castillo y \$ 100.000,00 para Tody Costich.

Estas sumas devengarán intereses los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha de la mora (18 de agosto de 2013) y hasta el efectivo pago, respecto de la indemnización por pérdida de chance. En cuanto a las indemnizaciones por daño moral, dichos importes devengarán intereses desde la fecha de la mora y hasta la del dictado de la presente sentencia, conforme la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir de este último momento y hasta su efectivo pago de acuerdo con la tasa activa del mismo banco.

Cabe recordar que esta Sala II en autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21) sostuvo que "La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos donde la aplicación de esta tasa de interés



desde la mora importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

"Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, "R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.", 7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

"Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.

"En efecto, en tanto el capital correspondiente a la reparación del daño moral responde a valores actuales, no fue afectado por la depreciación del valor de la moneda nacional por el período comprendido entre la fecha de la mora y la del dictado de la sentencia, como sí ocurre con un capital calculado a la fecha de la mora".

VII.- Las defensas opuestas por la aseguradora citada en garantía han sido analizadas en los apartados



precedentes, por lo que no corresponde un tratamiento autónomo.

VIII.- Por lo dicho propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio recurrido y hacer lugar a la demanda, condenando a los demandados, y a la aseguradora citada en garantía en la medida del contrato de seguro, a abonar a la parte actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de \$ 550.000,00, de acuerdo con la distribución entre los actores determinada en el Considerando VI.-, con más sus intereses conforme lo establecido en el Considerando citado.

Las costas por la actuación en ambas instancias, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 16,8% de la base regulatoria (que comprende capital e intereses, art. 20 ley 1.594) para el Dr. ... por su actuación en doble carácter; y en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., por su actuación en doble carácter hasta fs. 109; en el 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ..., letrado patrocinante de la parte demandada; y en el 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte Dr. ..., todo conforme lo dispuesto en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de las peritos, psicóloga ... y en accidentología ... se fijan en el 3% de la base regulatoria, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se determinan en el 35% de la suma que resulte por igual concepto y por la labor en la instancia de grado, para todos los letrados de la parte actora, para el Dr. ...; y en el 30% de



la suma que se determine por igual concepto y por la labor en primera instancia para cada uno de ellos, para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Marcelo MEDORI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia fs. 170/176 y hacer lugar a la demanda, condenando a los demandados, y a la aseguradora citada en garantía en la medida del contrato de seguro, a abonar a la parte actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de \$550.000,00, de acuerdo con la distribución entre los actores determinada en el Considerando VI.-, con más sus intereses conforme lo establecido en el Considerando citado.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias, en atención al éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 16,8% de la base regulatoria (que comprende capital e intereses, art. 20 ley 1.594) para el Dr. ... por su actuación en doble carácter; y en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., por su actuación en doble carácter hasta fs. 109; en el 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ..., letrado patrocinante de la parte demandada; y en el 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte Dr. ... (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594).

IV.- Fijar los honorarios de las peritos, psicóloga ... y en accidentología ... en el 3% de la base regulatoria.



V.- Determinar los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 35% de la suma que resulte por igual concepto y por la labor en la instancia de grado para todos los letrados de la parte actora, para el Dr. ...; y en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por la labor en primera instancia para cada uno de ellos, para los Dres. ... y ... (art. 15, ley 1.594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA CLERICI - DR. MARCELO MEDORI

Dra. MICAELA ROSALES - SECRETARIA