



NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ROJAS HERMOSILLA RENE MERCEDES Y OTROS C/ ALBUS S.R.L. Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (JNQC13 EXP 349957/2007) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra la sentencia que hace lugar a la demanda, apela la parte demandada y citada en garantía.

Al interponer el recurso, en hojas 558/559, apela la tasa y los honorarios, reclamando la aplicación del artículo 505 del Código Civil, reproducido por el art. 731 del CCC.

Sostiene que, en tanto superen la limitación allí dispuesta, la regulación no le es oponible.

Cuestiona la regulación efectuada a favor de los peritos, la que entiende no respeta la regla de la proporcionalidad.

Luego, concreta los agravios en hojas 569 y ss.

En primer lugar se agravia por la extensión de la condena, en tanto no se ha considerado el límite de la cobertura. Hace alusión a los términos de la póliza. Se explaya sobre los límites de la franquicia y cita jurisprudencia en apoyo de su planteo.

En punto a la responsabilidad, comienza su crítica haciendo referencia a que se ha discriminado distinguiendo si se trata "del reclamo interpuesto por el conductor del vehículo Saveiro o bien por su acompañante".



Luego, hace alusión a la prejudicialidad penal y sostiene que en la sentencia se indica que el Sr. Luis Alberto Tabanera ha resultado totalmente eximido de su responsabilidad penal y que dicho decisorio, tiene efectos directos en la resolución de esta causa.

Alude a las proyecciones de dicho pronunciamiento e indica que "en modo alguno puede decirse que la camioneta Saveiro contaba con prioridad de paso en el cruce, cuando este hecho se encuentra totalmente determinado en el ámbito penal..."

Luego indica que el Jeep del actor ingresó al carril de circulación del colectivo y lo hizo por la ingesta alcohólica con la que circulaba. Vuelve a aludir a la absolución de Tabanera por el delito de lesiones culposas.

Alude a la velocidad de los vehículos e indica que el impacto se produjo en el carril contrario de circulación del JEEP y agrega: "es decir que si hubiera transitado sobre su carril y a una menor velocidad el accidente se podría haber evitado".

Indica que de la causa penal surge que el vehículo JEEP circulaba en zig-zag. Dice que el perito ... describió la mecánica del accidente, la que atribuye al avance en zig-zag del JEEP. Alude al testimonio de Cares, prestado en sede penal y al estado de alcoholismo registrado por el conductor Rojas.

Dice que ha quedado demostrado que la víctima no tuvo el debido control del JEEP, interponiéndose en su línea de circulación y viéndose impedido de frenar a tiempo.

Concluye en que, los razonamientos efectuados por el magistrado para asignar el 70% de responsabilidad a la demandada, sólo se basan en conjeturas.



Vuelve sobre la ingesta alcohólica y sobre la incidencia causal en el evento.

Se refiere a la incidencia de la velocidad desplegada por el conductor del JEEP, pero en dicho capítulo indica que no se ha podido precisar en la pericia llevada a cabo en sede penal, la velocidad desplegada.

Por último se agravia del modo en que han sido impuestas las costas. Por una parte, sostiene que las costas deben imponerse en igual proporción a la condena, esto es, a cargo de la actora en el 30%.

Luego hace una serie de consideraciones que no guardan relación con el supuesto de autos.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 590 y ss.

**2.** Comenzaré el análisis de los agravios por la crítica efectuada con relación a la atribución de responsabilidad.

En punto a la cuestión de prejudicialidad, entiendo que los agravios presentan un serio déficit, y la crítica no reúne las condiciones de fundabilidad previstas en el art. 265 CPCC.

Nótese que el recurrente habla de que el imputado Tabanera ha sido totalmente eximido de responsabilidad penal y que dicha resolución tiene efectos directos en esta causa. También hace alusión a la participación de una camioneta Saveiro, cuando ninguno de estos extremos corresponden con el caso que nos ocupa.

En la causa penal abierta a raíz del accidente, se declaró la rebeldía de Luis Alberto Tabanera (hoja 300) y,



como consecuencia de ello, se dispuso la reserva de la causa hasta tanto sea habido el nombrado (hoja 303).

El magistrado hizo mérito de este desenlace de la causa penal, sin que se observe una crítica seria y concreta tendiente a poner en crisis los razonamientos efectuados en punto a ese supuesto legal y su incidencia en la sentencia que aquí se dicta.

**2.1.** Recuerdo además, aquí, que como ya lo he señalado en anterior oportunidad, el TSJ ha sostenido que "El art. 1102 del Código Civil, aplicable -como se anticipara- subsidiariamente a la materia, regula, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce, no todos, pero sí algunos de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, *Código Civil*, Ed. Hammurabi, T. 3-A, p. 316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado. Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa



materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, "Límites de la cosa juzgada penal" ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, "Buel c/ Cía de Perforaciones Río Colorado", ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306)... Bien se ha dicho que "la jurisdicción no puede fraccionarse en compartimentos estancos, absolutamente independientes entre sí, de modo tal que un mismo hecho o un mismo acontecimiento pueda ser afirmado o negado y sus consecuencias jurídicas resueltas de distinta manera según el tribunal que lo examine. Ese concepto de unidad de lo jurisdiccional, engendrado en esencias jurídicas lógicas, tiene un fin con el que afronta la necesidad social de lo jurídico: el de concretar la seguridad como valor equiparable, en el ordenamiento positivo, al ideal de justicia; y ese valor exige que las soluciones del poder jurisdiccional sobre el mismo acontecimiento resulten, si no uniformes, por lo menos no contradictorias" (cfr. Creus, op. cit, p. 21)... (cfr. Ac. 24, "ALCAPAN, JUAN OSVALDO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", expte. n° 2029/07).

Pero, como se pusiera de resalto en el plenario "Amoruso" y en el voto de Boffi Boggero, entiendo que la finalidad de evitar el escándalo jurídico tiene que



compatibilizarse con los derechos de los terceros, a quienes no puede oponérseles -salvo los casos excepcionales que el art. 1103 C.C. contempla- una resolución dictada en un proceso en el que no han sido parte. Es decir: debe regir el principio general de que la cosa juzgada tiene efectos sólo respecto de las partes del proceso en el que se ha dictado que, en definitiva, no es otra cosa que una derivación de principios constitucionales (derecho de defensa y debido proceso, art. 18 C.N.)..." (cfr. Ibarlucía, Emilio, INFLUENCIA DE LA ABSOLUCION PENAL EN SEDE CIVIL. Con especial referencia a la jurisprudencia de la S.C.B.A.).

**2.2.** En esta misma línea, se indicó en la Sala II "...la valoración de la influencia de la conducta de la víctima en la producción del accidente de tránsito realizada por el juez penal al dictar el sobreseimiento no tiene efectos prejudiciales en el debate acerca de la responsabilidad civil..."

"...Esta interpretación se ve ahora corroborada por el nuevo Código Civil y Comercial el que, si bien no se encontró vigente al momento del dictado de la sentencia de grado, sirve como pauta orientadora para la aplicación de la legislación anterior (cfr. TSJ Neuquén, "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", Acuerdo 20/2013 del registro de la Secretaría Civil). En esta senda, el art. 1777 del nuevo Código, en su segundo párrafo establece: "Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de la responsabilidad civil..." (cfr. Sala II, "Candia Isaac" Expte. 399291/2009 y su acumulado "Alcayaga" Expte. 448316/2011).

En definitiva: "... La necesidad de evitar sentencias contradictorias sobre los mismos hechos impone tener por



acreditada la materialidad de los que se han tenido por ciertos en sede penal. Pero cabe la posibilidad de que al receptarse el sustento fáctico desde una óptica diversa -la atribución de culpa penal o la de responsabilidad civil-, los mismos hechos puedan ser interpretados de manera diversa, dando lugar a diferentes soluciones. Y ello es así fundamentalmente en razón de la distinta finalidad de ambos procesos.

El objeto del proceso penal es imponer una sanción, mientras que el del proceso civil es condenar a una reparación. Pueden darse conductas que son insuficientes para fundamentar una condena penal, pero pueden considerarse suficientes para fundar la obligación de resarcir, puesto que en este último caso juega la atribución objetiva de responsabilidad que impone el art. 1113 del C. Civ..." (Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, Causa n° 77.835, "Scheffler, Jorge B. y ot. C/La Independencia S. A. de Transp. S/daños y perjuicios").

Sobre estas directrices, y en orden al déficit que he señalado en punto a la situación procesal de la causa penal, que se ha ofrecido como prueba y tengo a la vista, es claro que, las críticas en punto a la prejudicialidad penal no pueden prosperar.

**2.3.** Las restantes críticas en orden al análisis de la responsabilidad, tampoco pueden ser receptadas.

En lo que hace a la eximente culpa de la víctima, que propone el apelante, el agravio tampoco es conducente.

Situados en el ámbito de la responsabilidad objetiva, y por aplicación del art. 1113 CC, el demandado sólo podía exonerarse de responsabilidad acreditando la existencia de la eximente alegada, esto es, culpa de la víctima.



Sin embargo, no ha logrado hacerlo: ningún elemento de la causa permite afirmar, en forma categórica, que la conducta de la víctima haya sido determinante en modo excluyente en la causación del accidente.

No me explayaré sobre la parcial incidencia que ha tenido la circunstancia de que el conductor estuviera alcoholizado, en tanto ello ha sido abordado por el magistrado, en cuestión que arriba firme a esta causa.

Sin embargo, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, no ha sido acreditado en forma contundente la dinámica del accidente, tampoco se encuentra acreditado que el vehículo conducido por Rojas estuviera haciendo zig-zag.

Me remito a las consideraciones efectuadas por el magistrado que encuentran correlato en las pericias practicadas en esta sede y en la sede penal.

Nótese que en la pericia penal, en hoja 96 el perito dice que el accidente se produjo por una falla de índole humana, derivada de la conducta de alguno de los protagonistas, sin aventurar a quién sería atribuible.

Luego, en hojas 117, se indica: "teniendo en cuenta los elementos de juicio arrimados a esta dirección, tales como el ancho de trocha interno y externo de las presuntas huellas de derrape consignadas en el croquis ilustrativo, referidas al Jeep Ika dominio R044907, como así las fotografías remitidas en formato digital, se establece que; no tendrían correspondencia con el rodado involucrado. Ello en razón de ser de mayores dimensiones, pudiendo pertenecer a un rodado mayor. Ello se reafirma con que son duales..."

Y en cuanto al lugar de impacto, se indica en hoja 119: "Analizado el croquis ilustrativo, inspección ocular y





fotografías, me encuentro en condiciones de coincidir con la prevención en que el punto de impacto o conflicto máximo se ubica sobre la margen oeste de la calzada y teniendo en cuenta la posición final de los rodados, el conductor del Jeep Ika realiza una maniobra tendiente a evitar la colisión, ello accionando el sistema de dirección hacia la derecha...”

El perito Zilvester, indica que “teniendo en cuenta que el choque se produjo sobre la mano correspondiente al vehículo Jeep, sin tomar en cuenta la circunstancia que lo tornó posible, asigno al ómnibus la calidad de embistente”.

Luego en cuanto las huellas del zig-zag, al brindar explicaciones (hoja 384) sostiene: “resulta evidente que el actuario policial ha hecho un análisis equivocado, o que ha omitido algún medio de prueba, que lo ha llevado a tal conclusión...”.

En estas condiciones, (y, sin siquiera entrar en la connotación de si la eximente requiere la existencia de culpa o se trata sólo del simple hecho de la víctima), lo cierto es que en el caso, no se ha acreditado que el accionar del conductor del Jeep haya incidido causalmente en la colisión (más allá de la incidencia, reitero, del 30% que arriba firme a esta instancia): y afirmo esto porque aún la causa ignorada o desconocida, en punto a la mecánica del hecho, no es un eximente de responsabilidad; al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido. De ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente.

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la



acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, "Brian de Chistriansen, Silvia c/GOzzi, Hernando" LLBA 2000-850).

En igual línea ha sostenido el TSJ: "... la norma referida consagró, como factor de atribución de la responsabilidad, al riesgo creado. Este factor objetivo atiende a los comportamientos que siendo lícitos son creadores de riesgos o peligros. En este caso, quien aprovecha de la cosa considerada peligrosa, sólo puede liberarse acreditando la incidencia de factores extraños que interrumpen la relación causal (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas Miguel A. (Directores), Código Civil Comentado... Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 333 y s.s.). La finalidad de esta regla es lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico de reparar (S.C. Mza, 28/12/1999, L.L Gran Cuyo 2000-211)... la eximente de culpa de la víctima, alegada en autos por la accionada, debe ser suficientemente probada por ésta. Y debe ser la única causa del hecho para eximir, totalmente, de responsabilidad, además de reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad (C.S.J.N, 4/9/2001, D.J. 2001-3-1022, L.L. 2002-A-488).

Si la culpa de la víctima no se ha demostrado de manera suficiente, no puede liberarse en forma total al demandado de responsabilidad por los daños causados; sin perjuicio de la eventual división de la responsabilidad que pudiere corresponder, en función de la concurrencia de culpas, de encontrarse ésta efectivamente probada (C.S.J.N. FALLOS: 324:2666)... (cfr. ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil).



Este criterio del TSJ ha sido reiterado en un pronunciamiento más reciente, en el que dejara sin efecto un fallo de esta Sala. Sostuvo puntualmente: "...resulta desacertado colocar en cabeza de la víctima la carga de probar la culpa o negligencia del dueño o guardián de la cosa riesgosa, por inversión del onus probandi producto de una presunción de culpa elaborada a partir de la condición de 'embistente' que se atribuye a la damnificada, si tal proceder implica neutralizar en ese supuesto el sistema de imputación por riesgo elegido para resolver el caso, conforme el cual, quien acciona en función del Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del C.Civil solo debe probar el daño, la relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter del dueño o guardián del demandado.

*Probado estos extremos y no habiéndose acreditado la eximente alegada corresponde condenar al titular del automotor conforme la regla del artículo 1113 del Código Civil, la cual -reitero- no se destruye por meras inducciones o indicios o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que otorguen fuerza a la eximición de responsabilidad atribuida al dueño o guardián de la cosa generadora del daño" (Ac. 19/16, "VÁZQUEZ, ROSANA CONTRA PADILLA, JUAN CARLOS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE").*

**2.4.** En definitiva: Conforme ha quedado expuesto, de la mecánica del accidente descrita en las pericias mecánicas llevadas a cabo en esta sede y en la penal, no surge con la certeza requerida la culpa de la víctima para ser considerada como eximente total de responsabilidad.

Acreditado que la colisión se produjo en el carril correspondiente al Jeep IKA, invadido a la postre por el ómnibus, no ha quedado acreditado que tal proceder se debiera



a que el Jeep venía desplazándose en zig-zag, determinando, entonces, la maniobra invasiva del conductor del ómnibus.

La única prueba que se menciona en apoyo de tal posición es la del testigo Cares.

Sin embargo, tal testimonio es insuficiente; nótese que la valoración efectuada por el magistrado no es debidamente contrarrestada en los agravios.

Debo agregar, además, que se trataría de un caso de testigo único y aun cuando se tiene decidido que los dichos del testigo único, pueden admitirse para acreditar los hechos sobre los que declara, ello es así, cuando de su testimonio surge suficiente fuerza convictiva y se ve corroborado por otros elementos de juicio obrantes en la causa.

En este sentido, si bien es cierto que es aceptado que en nuestro sistema procesal está excluida la máxima "testis unus testis nullus" (testigo único, testigo nulo), no lo es menos que sus dichos deben ser apreciados con mayor severidad.

Así se ha indicado: "...Como lo ha expresado mi distinguido colega de Sala, Dr. Díaz Solimine en su voto en "Gallardo Luis Alfredo c/ Gotuzo César Alfredo s/ daños y perjuicios" (Recurso libre n°425.501) "...es variada la gama de posibilidades que llevan a la valoración de la prueba testimonial..., pudiendo detectarse dos tipos fundamentales de testigos: a) el de atendibilidad plena y b) el de atendibilidad restringida". Entre estos últimos se encuentra el testigo único, ya que esta particular situación lleva a apreciar sus dichos con estrictez, pudiendo llegar a desestimarlos. Enumera también las diversas pautas dadas por el maestro colombiano Devis Echandía para apreciar los dichos de un testigo, y de ellas rescato aquella que hace mérito de



la verosimilitud del hecho declarado en relación con otros hechos y con otras pruebas, poniendo el acento, de modo particular, en las contradicciones en las que se incurren a lo largo del proceso, para lo cual debe realizarse el análisis y valoración del plexo probatorio arrojado al juicio..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C 2011-05-02 Rossi, Alicia María c. Club Atlético Huracán y otros, Publicado en: RCyS 2011-XI, 134).

Y, en este punto, justamente, debe valorarse la ausencia de todo otro elemento probatorio: Como hemos visto, los dichos en cuanto al zig-zag no se encuentran corroborados por otros elementos.

Más allá de ello, tampoco puedo dejar de considerar que el testimonio fue brindado en sede penal, sin que haya sido reiterado en esta sede (se declara su negligencia en hojas 684), lo cual, en el citado marco de restricción para la valoración, es trascendente.

Es que "...si bien no es posible dar una respuesta única en cuanto al valor probatorio en sede civil de las actuaciones penales, ya que varias son las situaciones que pueden presentarse, en general, la doctrina ha sostenido que la validez y eficacia de la prueba trasladada de un proceso a otro, queda supeditada a la posibilidad que haya tenido de controvertir tal prueba, aquél contra quien ésta intenta hacerse valer. Es decir, se exige que la parte que resulta afectada por tal prueba en el juicio civil, haya tenido la posibilidad de ejercitar el debido contralor de ésta en el proceso penal. Así, Arazi apunta que las pruebas del proceso penal "pueden ser válidas en el juicio civil si en el primero la parte tuvo la oportunidad de ejercitar contra ellas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal consienta y siempre que ellas no fueran menores que las del juicio civil



en que se hacen valer; de lo contrario, constituirían fuente de presunción simple, que el juez apreciará en el nuevo juicio"... (cfr. Leiva, Miguel J. "Reflexiones sobre "el traslado de pruebas" del proceso penal al civil y algunas cuestiones vinculadas con la "conurrencia de culpas" en los juicios por mala praxis", Publicado en: LLNOA 2008 (setiembre), 749).

Por lo tanto, y trayendo estos conceptos al caso analizado, tenemos que tal testimonio no fue controlado por la contraria en sede penal, desde lo cual su caducidad en esta sede es determinante para restarle la eficacia probatoria que se le pretende acordar.

En definitiva y en las circunstancias aludidas, por aplicación de la presunción contenida en el art. 1113, entiendo que la atribución de responsabilidad efectuada por el magistrado se presenta como una razonable decisión que encuentra fundamento en el alcance probatorio que corresponde acordar a las constancias de esta causa.

El agravio, entonces, no podrá prosperar.

Es que, en definitiva, si el artículo 1113 del Código Civil, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; estimo que, en atención a las particulares circunstancias del caso, ésta no ha sido acreditada, más allá de lo valorado por el magistrado.

**3.** En cuanto al alcance de la condena con relación a la aseguradora -ésta plantea que sólo deberá responder en la medida del seguro, esto es, con una franquicia de \$ 40.000 oponible a la parte actora- debo efectuar las siguientes consideraciones.



Conforme surge de la presentación efectuada en hojas 87 y ss., la Aseguradora, al comparecer al proceso, invocó la franquicia que emerge de la póliza acompañada, específicamente, de la cláusula 4 de las Condiciones Generales.

Al contestar los agravios, la parte actora sostiene que el capital e intereses supera la cifra invocada, siendo en la etapa liquidativa en donde se compensará su eventual crédito contra el asegurado.

Ahora bien, en punto a la franquicia y el límite de la cobertura de la aseguradora, esta Sala ha sostenido que el modo en que debe aplicarse la franquicia constituye una cuestión propia de la etapa de ejecución de sentencia, pero es también conteste con la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, que entiende que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, por lo que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (cfr. "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483; las causas CSJ 166/2007 (43-O)/CS1 "Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros" y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", del 4 de marzo de 2008 y más recientemente "Miño, Oscar Alberto c. Aquino, Antonio Orlando y otros s/ daños y perjuicios", 16/02/2016; ver esta Sala en "Paredes c/Retamal", expte 401226/09), (cfr. "MONTECINO MARIA EVA C/ INDALO S.A. Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)", JNQCII EXP 502692/2014).

A partir de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la apelación y modificar la sentencia recurrida determinando que la aseguradora recurrente responderá en la medida del seguro (cfr. "EGGERS KARINA ELIZABETH C/ MARTINEZ LUIS ALBERTO Y



OTROS S/D. Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", JNQC11 EXP. N° 473824/2013).

Es que "la franquicia es una parte del monto necesario para reparar el daño causado a un tercero que, de ocurrir el siniestro amparado por el seguro, será soportado íntegramente por el asegurado" (cfr. C. Nac. Com., sala B, 02/05/2006, "Coria, Mónica E. c. Microómnibus Saavedra y Otro", Lexis N° 70035009. En igual sentido, C. 1° Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, en autos "G., H. A. y otra c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A y otros", de fecha 25/03/2008, AbeledoPerrot, Newsletter Diario, 19/06/2008; STIGLITZ, Rubén S., "Oponibilidad de la franquicia al pasajero transportado". JA 2005-I-786 - SJA 2/3/2005. Lexis N° 0003/011128. Ver también: STIGLITZ, Rubén S.; COMPIANI, María F., "La franquicia en el transporte automotor de pasajeros", JA 2006-III-1028, SJA 9/8/2006, Lexis N° 0003/012719 ó 0003/012724)", ("CANTERO C/ TOLEDO", EXP N° 400186/2009).

**4.** Sentadas las conclusiones anteriores, corresponde abordar los planteos relativos a las costas, modo de imposición, limitación y honorarios regulados.

**4.1.** En esta línea y en cuanto a la aplicación del artículo 505 del Código Civil, el agravio no es procedente. Así hemos indicado:

"...Por último y con relación a la regulación de honorarios, esta Sala se ha expedido en Exp. N° 424456/2010, respecto a la inaplicabilidad en el ámbito provincial de las disposiciones del artículo 730 del nuevo Código Civil y Comercial (asumo que a este artículo se refiere el recurrente, a tenor de la transcripción que realiza en las hojas 298 y 309). Ya con anterioridad, lo habíamos hecho con relación al art. 505.

Seguimos para ello a la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia respecto de la imposibilidad de





la aplicación en el orden provincial, del art. 505 vigente en la anterior normativa y cuyo texto se reproduce en la nueva norma.-

Así, se señaló: "Este Tribunal ha fijado posición en cuanto a la inaplicabilidad del art. 13 de la Ley 24.432 en el ámbito provincial. Teniendo en cuenta los principios que emanan de los arts. 1º, 2º y 7º de la Constitución Provincial, lo establecido por el art. 101, inc. 16, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, el inc. 35 que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía) y, finalmente, el inc. 1º en tanto le fija atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de esta Constitución, puede concluirse que la Ley Arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procedimentales (art. 63 último párrafo, de la Ley 1.594), integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura Provincial (conf. Acuerdo ya citado)..." (cfr. R.I. 6641/9, 09/02/09 "SEPULVEDA, JORGE HORACIO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expte.nº304/00)..." (cfr. "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" (EXP N° 501889/2014) y su acumulado "MILLAHUAL WALTER MAXIMILIANO C/FREXAS FERNANDO MIGUEL Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" (EXP N° 502214/14).

**4.2.** En cuanto a la imposición en su totalidad a los demandados, hemos señalado que la regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que las costas deben imponerse de conformidad al resultado obtenido por los litigantes con relación a las pretensiones deducidas en la causa: la parte vencida es condenada al pago de todas las costas generadas por el juicio, a menos que el Juez encuentre mérito para eximirla total o parcialmente; en este caso,



deberá brindar los fundamentos suficientes para sustentar esa decisión, bajo pena de nulidad.

El principio objetivo de la derrota, entonces, determina la condena en costas en el proceso civil.

Ahora bien, si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable a ambas partes, es decir, si hubiese éxitos y fracasos recíprocos, de conformidad a las pautas brindadas por el artículo 71 del Código Procesal, las costas deberán imponerse prudencialmente a cada una de ellas, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas.

Tales reglas, sin embargo, deben ser tamizadas por la naturaleza eminentemente resarcitoria del proceso de daños, lo cual ha llevado a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y local, a sostener que las costas deben ser soportadas en su integridad por el causante del menoscabo, aunque no prospere la totalidad del monto pretendido, sino solamente una parte de él.

Sirva a modo de ejemplo:

a) la posición de Orgaz en cuanto a que "...el principio de reparación integral impone que las costas del procedimiento necesario para la declaración de la responsabilidad y para la fijación del monto de la reparación, sean a cargo del responsable" (cfr. ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Lerner, 1980, p. 157 y -- ss.).

b) "...la reparación integral a la que la víctima tiene derecho no debe verse mermada por una imposición parcial de costas, salvo exceso manifiesto en la petición. En esta clase de juicios, el demandado debe asumir las costas totales, aún cuando la pretensión no triunfe en su integridad. El fundamento esencial de esta orientación radica en el carácter indemnizatorio de las costas, la injusticia que significaría que el actor viera mutilada la plenitud de su derecho resarcitorio con motivo de la asunción de las costas parciales y la circunstancia de que el demandado que niega su



responsabilidad ha hecho necesaria la prosecución del juicio. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce al actor quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas...Cuando la demanda prospera parcialmente, las costas deben imponerse en su totalidad al demandado, adhiriendo así al criterio de la reparación integral que informa que se satisface la función social encomendada a la jurisdicción, consistente en restablecer en lo más exactamente posible la situación patrimonial de la víctima a aquella en la que se hubiera encontrado de no acontecer el hecho imputable al condenado. Dicho postulado se vería malogrado si se hiciera cargar costas a la víctima ya que traería aparejada una disminución de la indemnización justa apropiada para satisfacer el perjuicio real comprobado. La víctima debe salir indemne del proceso de daños..." (cfr. C7°CCCba., Sentencia n° 12 del 6/3/07, "Leo Cesar Augusto c/ Institución Técnico Parroquial San Roque y otros-Ordinario", Semanario Jurídico, n° 1609, 2007-A, p. 743CNCiv, Sala D, 20-10-88, ED, 133-97; CNCiv Sala L, 27-10-89, JA, 1990-I- Síntesis; CNCiv Sala C, 19-4-78, Rep. LL, XXXI-A-I-540, 111-S, entre muchos otros).

c) La posición es receptada por la Sala II, al indicar en el precedente "Montecinos", entre otros, que "...tratándose de la reparación de daños y perjuicios, la circunstancia de que la pretensión prospere en forma parcial ante la existencia de una ruptura del nexo causal por culpa concurrente de la víctima, no quita al accionado su carácter de vencido (cfr. CSJ Bs. As., "V.M. c/ Colavitta", Lexis n° 1/70060965-6). Además, teniendo en cuenta la especial naturaleza de estos procesos tendientes a la reparación de daños injustamente sufridos, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia de que las reclamaciones hayan progresado



parcialmente en relación con la totalidad de los rubros o montos pretendidos (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, "Noel c/ Banco Hipotecario", LL on line AR/JUR/39144/2010)..."

**4.2.1.** No obstante ello, tal posición no es unánime y ha sido atemperada, desde una perspectiva, si se quiere, más acorde a la justicia distributiva:

"...si la pretensión se admite parcialmente -porque sólo se reciben algunos de los ítems indemnizatorios o porque se admiten por montos inferiores a los pedidos- el peticionante debe asumir proporcionalmente las gabelas causídicas del proceso resarcitorio entablado, pues en tales supuestos su éxito no fue total sino meramente parcial... Ahora bien, la imposición distributiva que propiciamos no puede sostenerse de manera radical y absoluta, ofrece matices que inexorablemente deben atenuar su rigor, siempre relacionados con las particularidades fácticas de cada caso concreto.

Resulta imposible en esta materia sostener reglas a priori o en abstracto aplicables de modo indiscriminado a todos los eventuales e hipotéticos supuestos que puede presentar la variada realidad procesal en materia de daños.

Y además, la admisión o el rechazo parcial de la demanda tampoco puede implicar una distribución automática, objetiva y matemática de las costas entre las partes contendientes. El criterio matemático debe sustituirse por el jurídico que bajo la prudencial mirada del juez compute diversas circunstancias que pudieron incidir en el resultado parcialmente exitoso o adverso del pleito, para una o para ambas partes.

El reparto no estriba en mensurar cuanto se demandó y cuanto prosperó sino, más bien, en analizar la entidad de las pretensiones deducidas y acogidas y, conforme a ellas, fijar la imposición.

Los arts. 71 y 132 de los códigos procesales aludidos, enrolados en esta tendencia, brindan dos parámetros



o directrices de orientación en la labor judicial de distribuir las costas: uno de naturaleza objetiva: el éxito obtenido en el reclamo; y otro de índole subjetiva: la prudente interpretación judicial de los hechos que sustentan ese diseño de asignación..." (cfr. Freytes, Alejandro, "Algunas reflexiones acerca de la imposición de las costas en el proceso de daños y perjuicios" Publicado en: LLC 2012 (mayo), 369. Ver en este sentido, también: "Mosset Iturraspe, Jorge "Sobre temeridad y malicia y acerca de las costas en las derrotas parciales", publicado en: LA LEY 01/07/2009, 4 - LA LEY 2009-D, 310, Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños 3, El proceso de daños, pág. 390 y ss.).

**4.2.2.** Lo cierto es que no siempre es sencillo establecer quien es el vencedor y quien el vencido en un juicio: a veces, pasa por la simple verificación de que la demanda ha sido acogida; en otros, no lo es tanto; hay casos en que si bien globalmente prospera la demanda, el reclamo no es receptado en forma íntegra, ya sea porque no han sido acreditados los presupuestos para que determinados rubros se acojan o porque los que han prosperado, lo han sido en forma ínfima, presentándose como pretensiones desmesuradas.

"De lo que se trata, entonces, es de medir el éxito de la pretensión que es llevada a juicio. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se trata de efectuar una medición cuantitativa y aislada de cada una de las cuestiones decididas sino de valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado tomado en su conjunto para, de tal modo, considerar la forma como habrán de distribuirse las costas entre los distintos protagonistas del litigio.

No es determinante, para exponerlo de un modo gráfico, que se haya reclamado una indemnización derivada de daños y perjuicios por un monto de pesos diez mil (\$10.000.) y que la sentencia sólo la haya admitido en pesos dos mil (\$2000). Es que, como se ha entendido, la proporcionalidad con



la cual deben distribuirse las costas en caso de vencimientos recíprocos, debe ponderarse con criterio jurídico y no meramente aritmético. Entonces, si en una demanda de daños y perjuicios ninguno de los litigantes ha obtenido la satisfacción íntegra de sus pretensiones o defensas, pues ambos resultaron parcialmente vencidos, corresponde aplicar el mentado art. 71 que establece que las costas se compensarán o distribuirán prudencialmente en proporción al éxito obtenido por cada una de ellos.

La distribución debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito. Debe determinarse quién resultó sustancialmente vencedor o vencido, haciendo mérito en cada caso de la medida e importancia de las pretensiones que fueron favorablemente acogidas o rechazadas.

De seguir estos pasos estarán dadas las condiciones para arribar a una decisión que consagre un resultado justo y equitativo. Claro que ello dependerá de las circunstancias particulares del supuesto que se decide y, en especial, de la prudencia del juzgador en su valoración..." (cfr. Pettis, Christian R. "Las costas y el vencimiento parcial y mutuo (art. 71 del Código Procesal)", publicado en: DJ 2007-III, 519 - LA LEY 28/11/2007, 8 - LA LEY 2007-F, 669).

Sobre estas bases, no comparto el apego irrestricto a la primera posición señalada, la cual sólo cedería ante los supuestos de pluspetición inexcusable (de difícil concreción práctica, en los términos en los que se encuentra contemplada en el C.P.C.C) o los casos en que el progreso parcial de la demanda sea consecuencia de la concurrencia de culpas.

Por el contrario, entiendo que corresponde efectuar un análisis particularizado y conforme a las circunstancias del caso, con las siguientes prevenciones iniciales: a) tanto para la configuración del vencimiento recíproco, como para su evaluación cuantitativa, no corresponde computar aquellos rubros en los que la determinación de la indemnización depende



del exclusivo y prudente arbitrio judicial, salvo excepcionales casos de notoria desproporción; b) la ponderación del equilibrio con que cabe aplicar las costas, en consideración a los vencimientos recíprocos, debe practicarse con criterio más jurídico que aritmético; c) en esta última línea, evaluar si el condenado a resarcir negó su responsabilidad y dio causa a la promoción de la acción y si la demasía en el reclamo pudo evitarse (aspectos éstos últimos que se encuentran relacionados con el regular ejercicio de los derechos).

En suma y como señala la ya citada Matilde Zavala de González, en cita de Estevez Brasa "...la equidad -principio sustancial que impregna todo el ordenamiento jurídico- no puede dejar de inspirar también la carga de las costas, atenuando el principio del vencimiento objetivo: la equidad debe funcionar en materia de imposición de costas como medio valedero de asegurar a los justiciables no sólo la verdad de sus pretensiones sino la comprensión de sus respectivas posturas. En definitiva: ésta es la esencia del derecho aplicado por obra del juez..." (cfr. op. cit.).

**4.2.3** En consecuencia, si, conforme lo expusiera, entiendo que las costas no pueden fijarse bajo un parámetro aritmético, la prudencialidad con la que los jueces debemos evaluar la distribución de ellas significa que la proporción con el éxito no puede ser la estrictamente matemática y hay un margen de flexibilidad decisoria, acorde a las particularidades del caso.

En tal orden de ideas y sobre la base de las premisas dadas, entiendo que un análisis de las circunstancias del caso determina que la parte actora deba soportar las costas, en proporción a la recepción de la eximente, esto es, en un 30% a su cargo y un 70% a cargo de la demandada.

**4.3.** En cuanto a las regulaciones de honorarios de los peritos entiendo que la alegada regla de la



proporcionalidad se encuentra respetada en el caso, por lo que los porcentuales de regulación deberán ser confirmados.

En orden a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido y en consecuencia: a) aclarar que la Aseguradora recurrente responderá en la medida del seguro, determinándose en la etapa de liquidación el alcance de la aplicación de la franquicia; b) modificar la imposición de costas efectuada en el punto V. de la parte resolutive del fallo, determinando que estarán un 30% a cargo de los actores Lidia Susana Guzmán Monsalve y René Rojas Hermosilla y el 70 % a cargo de los demandados y citada en garantía, ésta última, conforme a los términos del contrato de seguro; 2) Desestimar los restantes agravios; 3) Atento a la forma en que se resuelve, considerando que lo relativo a la medida del seguro no ha merecido oposición de la actora, consistiendo en una cuestión que pudo superarse por medio de una aclaratoria y que, en definitiva, sólo prospera el agravio relativo a la costas, las de esta instancia deberán ser soportadas en un 5% a cargo de los actores involucrados y un 95% a cargo de la recurrente.

**TAL MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.-** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido y en consecuencia: **a)** aclarar que la Aseguradora recurrente responderá en la medida del seguro, determinándose en la etapa de liquidación el alcance de la aplicación de la franquicia; **b)** modificar la imposición de costas efectuada en el punto V. de la parte resolutive del fallo, determinando que estarán un 30% a cargo de los actores Lidia Susana Guzmán





Monsalve y René Rojas Hermosilla y el 70 % a cargo de los demandados y citada en garantía, ésta última, conforme a los términos del contrato de seguro; **2)** Desestimar los restantes agravios.

**2.-** Imponer las costas de esta instancia en un 5% a cargo de los actores involucrados y un 95% a cargo de la recurrente.

**3.-** Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**