NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"TORRES NATALIA ALEJANDRA C/ LEAL ARIAS CARLOS GAMALIEL Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI6 EXP 512696/2016)** 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.- La sentencia de grado es apelada por la demandada y citada en garantía.

Consideran que la Sra. Jueza no realiza una correcta valoración de la prueba ni aplicación de la norma. Afirman, en tal sentido, que la conducta imputada a la víctima –circular en contramano- se encuentra acreditada en autos y reconocida tal circunstancia por la Jueza.

Razonan que así como se exige la contundente acreditación del eximente de responsabilidad, con la misma rigurosidad se debe exigir la prueba de que la circulación en contramano fue por culpa del demandado. Sostienen que no se puede exigir, mediante prueba negativa, que su parte no obligó a la actora a colocarse en contramano.

Consideran evidente que la actora tuvo tiempo suficiente para reducir su velocidad y pasar luego que lo hiciera el vehículo mayor, continuando por su carril.

Los agravia asimismo, los montos por los que prospera la demanda. Sostienen que no se encuentran debidamente probados los ingresos de la accionante, ya que se acompañaron solo dos recibos no oficiales, que no se ajustan a la escala salarial vigente, sin aportarse otro medio de prueba.

Por último, se quejan de la imposición de costas, atento la diferencia entre el monto reclamado y el de condena.

La contraria contesta agravios y solicita su rechazo.

2.- En función de la fecha del hecho -9 de enero de 2016- y de la normativa en que se sustentó la demanda, corresponderá el análisis del caso de acuerdo a las reglas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, resulta relevante indicar que el artículo 1769 del CCyC prevé para los accidentes de tránsito la aplicación de las normas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas (arts. 1757 y 1758).

Dicho cuerpo normativo, al referirse a los factores de atribución, detalla que resulta ser objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad; y explica que, en tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (art. 1722 CCyC).

En tanto la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño configura un elemento indispensable de la responsabilidad civil (cfr. arts. 1726, 1727 CCyC), el accionado podrá exonerarse total o parcialmente del deber de resarcir si acredita la interrupción del nexo causal. En este aspecto, la causa ajena a la que alude la norma descripta puede radicar en el hecho del damnificado, de un tercero por el que el accionado no debe responder, o ante caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1729, 1730 y 1731 CCyC). Por último, se recuerda que la carga de la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega (art. 1734 y 1736 del CCyC).

3.- Como puede apreciarse, el primer agravio planteado por la accionada refiere a la valoración de la causa

ajena alegada, esto es, el hecho del damnificado (arts. 1722 y 1729 CCyC).

A mi criterio, su queja no resulta procedente.

En primer lugar, el apelante parte de una premisa incorrecta, al sostener que la magistrada reconoció que la actora circulaba en contramano. En realidad, lo que la Sra. Jueza tuvo en cuenta es el lugar del impacto en el carril contrario al que circulaba la moto, pero no es cierto que considerara que efectivamente el birrodado circulaba en contramano.

Por el contrario, sostiene la sentenciante: "la postura de la parte demandada referente a que la accionante venía en contramano, no se encuentra debidamente acreditada, al no poder deducirse únicamente del lugar en el que los rodados entraron en contacto" (hoja 239vta).

Este argumento de decisión, central para dirimir la cuestión planteada, no ha sido objeto de un embate serio y concreto por parte del recurrente, de modo que el agravio deviene improcedente.

Tampoco lo fueron los fundamentos en virtud de los cuales se descartó en el decisorio que estuviera probado el exceso de velocidad de la víctima.

Luego, el apelante omite controvertir las conclusiones de la pericia accidentológica a las cuales remitió, asimismo, la magistrada, para considerar no acreditada la eximente alegada.

Es primordial tener presente que la causa ajena, consistente en el "hecho del damnificado" debe ser acreditada de manera tal de no dejar margen de duda: vigente el Código Civil anterior, hemos sostenido un estándar de prueba riguroso

en lo que hace a la culpa de la víctima (o bien, "hecho del damnificado", en la terminología de la nuevo Código). Y este criterio se mantiene con régimen actual. No debe pasarse por alto que, en definitiva, el Código prevé una presunción legal de responsabilidad sobre el dueño y guardián de la cosa riesgosa, en este caso el automotor (arts. 1757, 1758 y 1769).

Sostuvimos: "Es que dicho precepto, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida. Al accionado 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)" ("CIFUENTES C/ GOLDENBERG S/D.Y P.", EXP N° 473968/2013, entre otros).

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 interrumpan 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"- ("ROJAS HERMOSILLA C/ ALBUS SRL S/D .Y P.", JNQCI3 EXP 349957/2007).

Conforme ha quedado expuesto, en autos no surge con la certeza requerida el hecho del damnificado; no ha quedado acreditado que realizara una maniobra antirreglamentaria. Esto no se desprende en forma categórica de las constancias de la causa, por lo que el agravio de la accionada en tal sentido, debe ser desestimado.

4.- Con respecto a la prueba de los ingresos de la actora, es preciso señalar que en la audiencia de 79 y vta., los letrados de ambas partes convinieron la producción de determinados medios de prueba, entre los que se hallaban los recibos de sueldo de la Sra. Torres como personal doméstico.

Esos recibos fueron posteriormente agregados en hojas 83/84, sin que la accionada efectuara manifestación alguna sobre su autenticidad.

Como también expone la magistrada, en autos declaró la Sra. Durán, quien aparece como empleadora en dichas constancias, ratificando la relación laboral referida.

En punto a la escala vigente en la fecha del accidente, como bien señala la actora al contestar agravios,

ello solo constituye un piso legal que puede ser elevado por voluntad de las partes. Por otra parte, la testigo si bien no recordaba el importe exacto, dijo "seis u ocho mil pesos".

Consecuentemente, los agravios en punto a este aspecto también deben ser desestimados.

5.- En punto a las costas, no encuentro motivos para modificar las impuestas en primera instancia, toda vez que se corresponden con el resultado del pleito, la naturaleza debatida y la extensión de la condena que, en rigor, recepta todos los rubros reclamados. Además, el actor dejó librada la determinación del quantum al prudente arbitrio judicial, lo cual tiene incidencia –entre otros aspectos- a la hora de ponderar esta cuestión, sin perjuicio de que la magistrada realizó un distingo en lo que refiere a los sellados de actuación.

Conforme los términos expuestos en la sentencia de grado, la decisión se corresponde con la regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. que 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 prosperare la totalidad del monto pretendido, sino solamente una parte de él (cfr. ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Lerner, 1980, p. 157 y ss, (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, Sala II de esta Alzada in re "Montecinos", Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, "Noel c/ Banco Hipotecario", LL on line AR/JUR/39144/2010, entre muchos otros).

5.2.- 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" (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.).

5.3.- 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" (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, 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 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 no pueda ser condenada en función de las diferencias existentes en orden al monto por el que prospera el daño moral, al estar éste librado al exclusivo y prudente arbitrio judicial.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso deducido por la demandada y citada en garantía, con costas a su cargo. **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 lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y citada en garantía, y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a las apelantes vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda 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