



NEUQUEN, 2 de febrero de 2016

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (EXP N° 450789/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 2 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la **Dra. Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La parte demandada y la citada en garantía apelan la sentencia dictada en autos.

Sostienen que la magistrada ha vulnerado la prejudicialidad penal, en tanto el Sr. Giménez ha resultado totalmente sobreseído en dicha sede, indicando el magistrado de dicho fuero que "la causa originante del accidente en examen es achacable a la conducta negligente ostentada por la propia víctima al cruzar una arteria con las características de la ruta 22 por un lugar no habilitado a tal fin, en horario nocturno y con una ingesta abusiva de alcohol".

Entienden que, en estas circunstancias, la conducta de la víctima claramente determinó el hecho y habiéndose así establecido en sede penal, tal extremo no podía modificarse en esta causa.

Esgrimen que podrá aquí establecerse un mayor o menor grado de responsabilidad de los partícipes pero que en modo alguno puede decirse que el peatón cruzó en forma correcta la ruta por la senda peatonal, cuando este hecho se encuentra totalmente determinado en sentido adverso, en sede penal.

Se refiere luego al estado de ebriedad de la víctima, lo que sin lugar a dudas determinó que no pudiera cruzar la



ruta en forma correcta, porque de estar lúcido, no podría haber puesto en riesgo su vida, de la forma en que lo hizo.

Se queja de la evaluación que hiciera la magistrada en punto a la velocidad del vehículo del demandado y cuestiona nuevamente las conclusiones a las que arriba el perito.

Dice que, aun cuando se admitiese que la velocidad desplegada era de 72,35 km/h, igual lo determinante ha sido la conducta de la víctima, puesto que aún transitando a 60 km, el accidente no se hubiera evitado.

En segundo lugar, se agravia del monto acordado en concepto de daño moral.

Dice que ha quedado acreditado que el menor no vivía con la madre, que ésta se había desentendido de su crianza, por lo que la pretensión del daño moral por el monto fijado es injustificado.

En tercer lugar, se agravia por la imposición de costas a su parte, en tanto la demanda sólo ha prosperado parcialmente, no respetándose el porcentaje de atribución de responsabilidad a la víctima.

Si bien esboza que se agravia en punto al cálculo de intereses, ningún desarrollo crítico efectúa, por lo que, en este punto, desde ya adelante, el recurso se encuentra desierto.

Sustanciada la presentación, es contestada en hojas 417/419.

Sostiene que los agravios son insustanciales. Se refiere a las consideraciones efectuadas por la magistrada y contrarresta la crítica realizada en punto al monto acordado en concepto de daño moral.



2. Analizaré en primer término el planteo relativo a la prejudicialidad penal y los efectos que el sobreseimiento dictado en dicha sede acarrea en la esfera civil.

2.1. Como ya lo he señalado en anterioridad 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).*

Ahora bien, en este caso, en sede penal se dictó el sobreseimiento total y definitivo. Y, entonces, en este contexto de vinculación entre lo actuado en sede penal y en sede civil, corresponde centrarse en el específico supuesto contemplado en el art. 1103 y determinar, desde este vértice, si el sobreseimiento es equiparable a la absolución que aquel artículo menciona.

Y conforme a las razones expuestas por Ibarlucía, entiendo que la respuesta es negativa:



“La gran mayoría de las causas penales termina con una resolución de sobreseimiento, fundada en tres posibles variantes: a) que el hecho denunciado no haya existido; b) que el hecho no constituya delito; c) que no esté suficientemente acreditada la responsabilidad penal del imputado.

Habiéndose eliminado de los nuevos códigos procesales el “sobreseimiento provisorio”, tales resoluciones son sentencias definitivas y hacen cosa juzgada, de manera que determinar qué influencia ejercen respecto de los juicios civiles es de fundamental importancia.

El texto del art. 1103 habla de “absolución del acusado”. ¿Comprende también al sobreseimiento en cualquiera de las tres variantes indicadas?

El tema fue expresamente tratado por las Cámaras Civiles de la Capital en el conocido plenario “Amoruso c/ Coppello” de 1946. Hubo dos pronunciamientos. El de la mayoría dijo que el sobreseimiento definitivo no hacía cosa juzgada en sede civil “en absoluto”, y el de la minoría hizo algunas salvedades (que el hecho no constituyera delito, que el imputado hubiese sido menor de 14 años, o que el hecho se hubiese debido a caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo), ninguna de las cuales se refirió al caso en el que tal resolución se hubiese fundado en la falta de culpa del sobreseído. Es decir, en este aspecto hubo unanimidad.

En su ilustrado voto, el Dr. Barraquero señaló que Vélez Sarsfield, al redactar el art. 1103, había tenido en cuenta que el concepto de absolución no comprendía al sobreseimiento definitivo por dos motivos. En primer lugar porque su fuente había sido el “Esboco” de Freitas (arts. 836 y 837), y sin embargo no reprodujo el art. 838 de éste que se refería al sobreseimiento. Es decir, empleó el codificador el término absolución en su acepción técnica, con lo que quedó



excluido aquél de la letra y del espíritu del art. 1103, razón por la cual no cabía recurrir a la analogía (art. 16 C.C.). En segundo lugar, porque ya la práctica criminal de la época diferenciaba ambos conceptos, aserción que extrajo el distinguido magistrado del "Curso de Derecho Criminal" de Carlos Tejedor, publicado por primera vez en 1860 y luego en 1870 (o sea, antes de la sanción del Código Civil), y al promulgarse el Cód. Procesal Penal en 1896 se ajustaron a las enseñanzas de Tejedor, dividiéndose el proceso en dos etapas (sumario y plenario), siendo que sólo la segunda constituía un "juicio" que participaba de la naturaleza del proceso ordinario en materia civil, y de ahí que la sentencia condenatoria o absolutoria tuviera influencia en sede civil, a diferencia del sobreseimiento definitivo.

Agregó el Dr. Barraquero que, aún en el caso de que este último se dictara cuando apareciera indudable la irresponsabilidad criminal del imputado, no habían mediado pruebas contradictorias, pues la inculpabilidad del mismo no se había ventilado en "juicio abierto" con pruebas abundantes, sino en "juicio cerrado" con pruebas restringidas, sin contradicción de acusación y defensa. Años después, el Dr. Boffi Boggero, en una ampliación de fundamentos del rechazo de un recurso ordinario de apelación ante la Corte, se pronunció en igual sentido en estos términos: "...el sobreseimiento definitivo no constituye la absolución prevista por el art. 1103 C.C., a los efectos de la cosa juzgada, lo que acontece de modo esencial por las siguientes razones: a) el art. 1103 citado menciona la absolución del acusado y no el sobreseimiento, que, hubiese o no estado instituido en el procedimiento penal de la época en que se sancionó el C.C. y aparte de ser excluido expresamente por Freitas -fuente del código al respecto- en una norma análoga (art. 838, Esboco), es un instituto diferente, por muchos conceptos, de la



absolución, a la que no puede llegarse por sobreseimiento; b) la absolución es así inconfundible con el sobreseimiento definitivo y ya lo era cuando se preparó el proyecto del C.C.; c) la absolución, aún en los casos donde reconoce fundamentos en la duda..., se dicta después de un proceso donde las partes han tenido oportunidad de alegar y probar en defensa de sus derechos mientras que el sobreseimiento definitivo se dicta antes de que el proceso llegue a plenario, lo que equivale a manifestar que el damnificado 'no ha tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa'; d) consecuentemente, tener por acreditado en lo civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo con el alcance del precitado art. 1103, entrañaría impedir en este aspecto el derecho de defensa a quien, como el damnificado, tampoco pudo ejercerlo en la esfera; e) de lo expuesto surge todavía que, si fuese posible una auténtica alternativa entre dos interpretaciones, ha de estarse por la más favorable a la garantía constitucional..., en este caso a la de defensa en juicio de los derechos de los damnificados".

Borda, luego de citar copiosa jurisprudencia inclinada por la negativa de la equiparación, se pronunció por esta tesis con invocación de los mismos argumentos expuestos por Boffi Boggero.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en torno al art. 1103 del C.C. ha esbozado la tesis de las "circunstancias esenciales" -a la que luego me referiré-, pero de la lectura de los fallos respectivos se advierte que han sido casos en que había una sentencia penal absolutoria, lo que me lleva a la conclusión de que no existe doctrina de la casación provincial que establezca la equiparación entre esta última y el sobreseimiento definitivo a los efectos del art. 1103 del C.C.

Me inclino entonces por la tesis negativa. Los argumentos del plenario "Amoruso" y del Dr. Boffi Boggero



cuando integrara el alto tribunal de la Nación son, a mi juicio, altamente convincentes. La interpretación literal y la histórica (la del autor de la norma, sobre la base de sus fuentes y del contexto histórico en que la redactó) no autorizan a brindar al vocablo "absolución" una interpretación extensiva a un supuesto procesal técnicamente distinto.

En definitiva: 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, recientemente 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 ").

3. Quedó sentado, entonces, que el sobreseimiento dictado en sede penal no determina absolutamente el análisis que corresponde efectuar en esta sede de la responsabilidad civil. No obstante ello, es necesaria su consideración, particularizando los fundamentos de aquél.

En este punto y con especial referencia a la relación de causalidad entre las conductas asumidas por los protagonistas y el lamentable resultado del accidente, es



claro que no puede dejar de ponderarse la participación decisoria del peatón.

Se refirió el juez penal a la "conducta negligente ostentada por la propia víctima al cruzar una arteria con las características de la ruta 22 por un lugar no habilitado a tal fin, en horario nocturno y con una ingesta abusiva de alcohol".

Como dijéramos, el juicio causal penal puede ser revisado en esta sede civil y, en esta línea, entiendo que si bien es clara la mayor incidencia de la conducta del peatón (adelantando, desde ya, que la concurrencia de culpas será modificada en base a ello), no puede dejar de ponderarse que el demandado excedió los límites de velocidad permitida. Si bien no lo hizo con creces (y esto debe ser también ponderado), no por ello no deja de merecer un reproche jurídico, por el que debe responder.

Me explayaré sobre el análisis.

3.1. Tengo por acreditado a partir de lo determinado fácticamente en sede penal, que el peatón se encontraba alcoholizado.

También que, más allá de ello, asumió una conducta temeraria, al intentar trasponer la ruta 22 (multitrocha) cuando el semáforo no lo habilitaba, siendo de noche.

En esta causa la testigo Somaglia es contundente al exponer: "el semáforo estaba en verde en Gatica y multitrocha. Nos habilitaba a pasar a los de Multitrocha en donde estaba con estos autos a los que me refiero"

En la causa penal (conforme las copias que adjunta la accionante), el testigo Rivas declaró: "...salí cuando el semáforo estaba en verde, al llegar a la calle Gatica también estaba en verde el semáforo, veo que desde Planas hacia



Lastra, es decir de Norte a Sur, por calle Gatica como una sombra, que se queda en la mitad, en el interior de los dos guarda raid, hace como que duda, hace que sigue y que no sigue, y de repente sale cruzando la ruta cuando los automóviles que estaban delante de mí estaban casi por cruzar la calle Gatica, veo que el automóvil que venía del lado del guarda raid lo golpea, esta silueta vuela y queda tirado en el asfalto..."

Preguntado si estaba el peatón habilitado para cruzar la ruta contestó "que no, porque estaba en verde para los que iban transitando por la ruta 22". (hoja 49; en igual sentido se expide al declarar en hojas 347/348).

3.2. Es claro entonces, que en el caso, ha quedado acreditado que medió culpa de la víctima.

Y si bien es cierto que los automovilistas están obligados a conducir en condiciones tales que puedan dominar sus vehículos y evitar accidentes (sobre el alcance concreto de esta premisa, en este caso, volveré más adelante), este deber de prudencia también recae sobre el peatón, quien debe actuar con cuidado y protegerse adecuadamente de los peligros del tránsito.

En virtud de ello, si una persona es atropellada en una vía rápida, de alto tránsito, al intentar trasponer una arteria cuando el semáforo no lo autorizaba, tal conducta constituye un factor de riesgo sumamente relevante.

La invasión que efectuó el peatón es una acción ilícita de penetración en el tránsito, por verificarse en contravención de las normas organizacionales de aquél (cfr. Tabasso, Carlos "Derecho del tránsito. Los principios" "Principio de segregación y especialización" Pags. 351 y 352, Editorial B de F, citado por Cámara Nacional de Apelaciones en



lo Civil, Sala J, "Cano, Juan de la Cruz", Cita online AR/JUR/77266/2011).

*"En tales condiciones, la conducta desplegada por la víctima debe ser tachada de imprudente y osada porque al pretender insertarse en el ámbito de circulación de vehículos, por una zona prohibida, debió extremar su diligencia y precaución. El peatón también es un obligado jurídico y el desconocimiento de esa circunstancia se traduce en la inconciencia del mortal riesgo a que está sometido constantemente (Conf. Tabasso Carlos, ob. cit. Pág. 696).*

*El principio de defensa no justifica ilimitadamente al peatón por serlo ni lo dispensa de las obligaciones a su cargo, así hemos sostenido que quien camina por lugares no habilitados o en circunstancias no permitidas pone en marcha contra sí mismo una posibilidad de real peligro..." (Ibídem).*

Tenemos entonces que, tal como lo indica la magistrada y arriba firme a esta instancia, el peatón tuvo una participación activa en la ocurrencia del accidente. Sin embargo entiendo que atribuirle sólo el 50% de incidencia no se condice con las circunstancias precedentemente señaladas.

4. Debo insistir en que "...es cierto que jurisprudencialmente se le ha exigido al conductor de un rodado el máximo de diligencia para evitar situaciones como la de autos; sin embargo, el dominio del vehículo debe interpretarse en función de las circunstancias de tiempo y lugar, y no conlleva la obligación de superar contingencias producidas por violaciones de terceros a las normas de circulación. Como enseña Orgaz, la ley exige de los hombres que sean prudentes, no prudentísimos; diligentes, no diligentísimos: "la ley humana no puede llevar nunca sus exigencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias ("La culpa", página 125 y siguientes).



*Entiendo que el "absoluto dominio" al que reiteradamente se alude, está condicionado a las circunstancias de tiempo y lugar.*

*En rigor, el peatón se encuentra, por regla general, en la posibilidad de ver, prever y evitar el peligro. La prueba de lo que afirmo está constituida por el hecho de que, en el caso, el siniestro no habría acontecido si la víctima hubiera efectuado el cruce por el lugar destinado al efecto o si, a pesar de hacerlo por una vía no habilitada para ese fin, el cruce se hallara absolutamente despejado; vale decir, sin automotores circulando a una distancia tal que pudieran poner en peligro su integridad física (cfr. mi voto en "Caffara Víctor Hermenegildo y otros c. Persello Christian Danilo y otro s/daños y perjuicios", Rec. Nº: 462.655, del 28/12/2006).*

*Consecuentemente, en zonas que tienen las características como en la que se produjo el accidente, los peatones no deben transitar pues ponen palmariamente en peligro su vida. Ello no implica, desde luego, admitir que la vida del peatón no es importante, sino reafirmar que nunca se debió haber intentado un cruce en las condiciones en que lo hizo la víctima, o, si dispuesta u obligada a hacerlo, debió obrar con el máximo de diligencia al efectuarlo. Ello es así, porque el peatón resulta, sin dudas, el mejor guardián de su propia vida y de su integridad física, lo cual lo hará evitar exponerse a situaciones riesgosas que pueden resultarle perjudiciales (LA LEY, 1975-A, 762, 32.043S)...". (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Altamirano, Aldo Rodolfo y otro c. Manganiello, Jorge Horacio y otros 04/11/2010 Publicado en: LA LEY 21/03/2011, 11 LA LEY 2011-B, 251).*

4.1. En este contexto, no es indiferente en términos causales que el peatón haya traspuesto la ruta cuando el semáforo no lo habilitaba, en horas de la noche y alcoholizado



(insisto en que, aun cuando no lo estuviera, la conducta es extremadamente temeraria).

Y este ilegítimo accionar deber ser graduado en su justa incidencia:

*"Es lo que la doctrina ha calificado como la teoría de la influencia causal de cada culpa, criterio cuya adopción no encuentra obstáculo en nuestro sistema legal, por cuanto surge de la correlación de los artículos 1111 y 1113 del Código Civil (conf. Llambías, J. J., "Obligaciones", T. III, pág. 74, n° 2293; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil Anotado", T. IV, pág. 400, n° 12, entre otros).*

*Comprendo que la cuestión no es de fácil juzgamiento y que, en definitiva, gira sobre las apreciaciones de hecho que no son ordenables bajo pautas rígidas, lo que obliga a afinar el criterio de análisis a fin de poder alcanzar la interpretación más valiosa posible en la búsqueda del mejor equilibrio entre los legítimos intereses en juego (Conf. CNCiv. esta sala, 25/4/2007, "Uvoycich Degni, Carlos c/ Transportes Sargento Cabral S.C. Línea 102 y otros s/ daños y perjuicios).*

*El juicio de las conductas de ambos en el siniestro debe ser elaborado a través de la confrontación dialéctica de las respectivas posiciones objetivas asumidas en el hecho, el juez debe valorar la contribución causal que puede haber hecho el infortunado a su propio infortunio a los efectos de dividir la responsabilidad emergente (Tabasso Carlos, ob cit, Pág. 699; 700)..." (cfr. el ya citado fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, Cano, Juan de la Cruz y otro c. Fleiss, Rolando y otros s/ daños y perjuicios 17/11/2011, Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/77266/2011).*

Y al igual que se indicara en dicho precedente: "para fijar discriminadamente las culpas y considerando que ello



deber ser prudencialmente efectuado, sin que la imposibilidad de lograr un coeficiente matemáticamente exacto impida arribar a una solución justa, socialmente aceptable, propondré que se modifique este medular aspecto del debate”.

5. Es que no puede omitirse que la víctima se colocó en una situación apta para que se produjera el siniestro; los diversos elementos de convicción ya referidos demuestran la decisiva incidencia causal de la conducta de la víctima al cruzar una ruta nacional, de noche, con el semáforo inhabilitante.

Y esta fuerte influencia causal determina que deba acordársele el 90% a su conducta como concausa del daño.

El 10% restante pesa sobre el demandado, en tanto surge de las pericias practicadas, tanto en esta sede como en la penal, que excedía el límite de velocidad permitido. Y que si bien, se trata de una ruta nacional, lo cierto es que las especiales características de la denominada “multitrocha”, no permite a los conductores prescindir de la circunstancia de que será traspuesta por peatones. Y, en este punto, no pueden resultar indiferentes las condiciones de visibilidad y la presencia efectiva del peatón junto al guardarriel.

Nótese que el testigo Rivas dice: “se veía, yo a unos cincuenta metros lo vi que este peatón quería cruzar la ruta, pensé que se iba a quedar en el centro donde se quedan todas las personas que no alcanzan a cruzar la ruta, pero en forma repentina salió”.

Insisto aquí en dos aspectos determinantes para discrepar con la magistrada y reducir la incidencia causal del exceso de velocidad: por una parte, el carácter repentino y temerario de la conducta de salir a cruzar la ruta cuando el semáforo habilitaba el tránsito vehicular de por sí rápido, en sus velocidades permitidas; por el otro, que la excedencia de



velocidad lo fue en 12,72 kilómetros y ciertamente, no es lo mismo, que la velocidad se exceda en esa cifra, que en una mayor.

Concluyo, entonces, en que corresponde receptor parcialmente los agravios de la parte demandada y citada en garantía, estableciendo que la responsabilidad en el evento corresponde en un 10% a su parte y en un 90% a la víctima.

6. Sentado lo anterior, he de abordar el tratamiento del agravio relativo al monto acordado en concepto de daño moral.

En este orden, las consideraciones efectuadas en punto a que el menor no convivía con la madre, no logran desvirtuar las connotaciones que la pérdida de un hijo representa para la progenitora.

*En efecto, se ha sostenido que "...resulta imposible imaginar un dolor mayor en un ser humano, que la pérdida de un hijo. El vínculo natural, íntimo, especialísimo que une a los padres con sus hijos implica que la pérdida de la vida de éstos representa el dolor más intenso al cual puede enfrentarse un hombre. De hecho, constituye un hecho público y notorio que la mayoría de los padres que han debido pasar por este duelo, no se recuperan.*

*Naturalmente, los hijos están dados a sobrevivir a sus padres, por lo que personalmente califico a la inversión de tal situación, como contra-natura. Tal especie de daño, por surgir "in re ipsa", y devenir de lo que común y naturalmente ocurre, en principio, no debe ser objeto de prueba. La experiencia demuestra que no influye en el padecimiento de tal dolor, ni la edad, ni el sexo, ni la mayor o menor retribución de amor y cuidado que ese padre recibía de su hijo; el amor, el vínculo, que une a un progenitor con sus hijos no se compara con ningún otro, es único, irrepetible y -en relación*





a lo que distingue a este vínculo de los restantes- subsiste aún en el supuesto de que ese hijo haga poco o nada por sus padres..."

Agregándose: "... la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tiene dicho que, por tratarse de una presunción que emana de lo que "naturalmente" acontece, la misma admite que, quien resulta sindicado como responsable en orden a la reparación, pueda aportar pruebas que, evaluadas en su conjunto, la desvirtúen (Autos n° 70.867, "Pereyra Vda. de Vargas, Paulina y ots. en j.: Pereyra Vda. de Vargas, Paulina y ots. c/ Otoniel Gómez p/ D. y P. s/ Inc. - Casación", 21-11-01, L.S. 303-470).

En el mismo sentido existen pronunciamientos de Cámara. Se ha sostenido que, si bien la muerte de un hijo es, tal vez, el mayor daño moral que pueda sufrir una persona, no requiriendo, por ende, el reclamo de prueba directa, nada impide al dañador acreditar que, en el caso concreto, la muerte del hijo no provocó tal sufrimiento. Así, se ha resuelto que "ello debe tener apoyo en la comprobación de conductas anteriores del progenitor que, objetivamente, permitan concluir en que no hubo tal daño moral" (CC2°, 13/12/06, autos n° 146.669/31.342, "Montivero de Rivadero, Felipa Patricia c/ Provincia de Mendoza y ots. p/ D. y P."; en el mismo sentido puede verse sentencia de la CC3°, 03/11/09, autos n° 113712/32091, "Martínez Rosana del Carmen c/ Dirección de Niñez y Adolescencia Disc. y Fam. DINAADyF p/ D. y P.")..." (cfr. G. J. R. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza y ots. s/ daños y perjuicios, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza).

Aún trayendo estas consideraciones al caso analizado, no se han acreditado las circunstancias por las cuales el menor no conviviera con la madre, que ésta se hubiera despreocupado, que hubiera tenido una actitud abandonica, que



no hubiera ejercido un rol materno adecuado o cualquier otra circunstancia que le fuera imputable.

No existe ningún elemento que permita inferir la inexistencia de una relación materno filial y que descalifique la existencia de un daño moral, conforme al curso normal de las cosas, tal el supuesto dado por la pérdida de un hijo.

En orden a ello, el agravio no podrá prosperar, aclarándose no obstante que, teniendo en cuenta la imputación de responsabilidad que propicio, el monto por el que procederá la demanda será de \$15.000.

7. Por último he de referirme a las costas.

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 fuera 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.

He señalado, también, que tales reglas 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 (ver en extenso los desarrollos que he efectuado, entre otras, en "MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESIÓN O MUERTE" EXP N° 395793/9)

7.1. Sin embargo, justamente, en este caso, no se trata de que la demandada no prosperara con relación a determinados rubros, sino que más allá de ello, se ha establecido una determinada causación del penoso menoscabo acontecido.

Y si la distribución debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito, debe determinarse quien resultó sustancialmente vencedor o vencido, haciendo mérito en cada caso de la medida e importancia de las pretensiones que fueron favorablemente acogidas o rechazadas y, especialmente, en casos como el presente, en la atribución de responsabilidad.

En orden a ello entiendo que, en este caso, debe respetarse tal parámetro, imponiéndose en ambas instancias, las costas en un 90% a cargo de la parte actora y en un 10% a cargo de la demandada y la citada en garantía. **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

**SE RESUELVE:**

1.- Modificar la sentencia de fs. 386/391 en cuanto a la imputación de responsabilidad, que se determina en un 90% al actor y un 10% al demandado, por lo que el monto de condena se reduce a la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000) con



más los intereses allí determinados y confirmar el decisorio en los demás aspectos que fueran motivo de recurso y agravios.

**2.-** Imponer las costas de ambas instancias en un 90% a cargo de la parte actora y en un 10% a cargo de la demandada y la citada en garantía.

**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 al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE  
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA