

C. 4ª Civ. y Com., Córdoba, Argentina, 11-06-09, “Silva, Pedro Hugo y otro c. Concesionaria Vial del Centro S.A. o Covicentro – Recurso de Apelación”.

SENTENCIA NÚMERO: 81 En la Ciudad de Córdoba a 11 días del mes de JUNIO de dos mil nueve, se reunieron los Señores Vocales de la Excma. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial y en presencia de la Secretaria del Tribunal a fin de dictar Sentencia en Acuerdo Público en autos “SILVA, PEDRO HUGO Y OTRO C/ CONCESIONARIA VIAL DEL CENTRO S.A. O COVICENTRO – RECURSO DE APELACIÓN – EXPED. INTERIOR (CIVIL) – N° 1146660/36”, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por intermedio de apoderado, en contra de la Sentencia número doscientos cuarenta y tres de fecha tres de agosto de dos mil seis, dictada por la Dra. Susana E. Martínez Gavier, Juez del Juzgado Civil, Conciliación y Familia de Río Segundo, cuya parte resolutive dispone: “I) Rechazar la demanda incoada por los Sres. Pedro Hugo Silva y Martha Ofelia Castelari en contra de la Concesionaria Vial del Centro S.A. o Covicentro S.A. II) Las costas serán a cargo de la actora a cuyo fin regúlense los honorarios profesionales de los Dres. Cristian Julio Moyano en la suma de pesos nueve mil novecientos noventa y cinco, del Dr. Carlos José Molina en la suma de pesos cuarenta y siete mil seiscientos, y los del Dr. Pablo Javier Gareca en la suma de pesos cuarenta y siete mil seiscientos. Protocolícese...” Fdo.: Dra. Susana E. Martínez Gavier, Juez.

Seguidamente el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Primera cuestión: ¿Procede la apelación de los actores? Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir? Conforme el sorteo oportunamente realizado los Sres. Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dr. Raúl E. Fernández, Dra. Cristina E. González de la Vega y Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL DR. RAUL E. FERNÁNDEZ, DIJO: I. Contra la sentencia cuya parte resolutive se ha transcripto más arriba, apelaron los actores, expresando agravios en esta Sede, los que han sido respondidos por la demandada, la citada en garantía, y por el señor Fiscal de Cámara, a tenor de la invocación de las normas de la ley 24.240. Dictado y firme el decreto de autos, quedó la causa en condiciones de ser resuelta. II. La cuestión se suscita por el accidente de tránsito sufrido por el hijo de los actores, cuando se conducía por la ruta nacional n° 9, a la altura de Pilar, en dirección NE-SO (Córdoba-Buenos Aires), conduciendo el Ford Sierra WVK 719. A la altura del km. 659, en la “curva de los pinos” se salió de la calzada, yendo a chocar con uno de los pinos existentes en la banquina, del otro lado del carril por el que circulaba. Como consecuencia del accidente, el joven murió. Para la señora Juez a quo, la responsabilidad de la concesionaria de la ruta se vio alterada por existencia de culpa de la víctima. Para los actores-apelantes, la responsabilidad de la demandada surge de la omisión de colocar barandas en el lugar, conforme el pliego licitatorio respectivo. III. Desde mi punto de vista, ninguno de los aludidos lleva la razón total. En trance de adelantar la conclusión, considero que la responsabilidad debe ser distribuida conforme lo propicia el

Señor Fiscal de Cámara en base al dictamen pericial rendido en autos, todo asentado en la responsabilidad objetiva atribuible a la demandada, recortada por la influencia causal del hecho de la víctima. IV. Para fundar tal aserto, es preciso recordar, tal como lo hiciera en un precedente de este Tribunal, que el sistema de peaje aparece con la sanción de la ley 23696, que determinó el estado de emergencia de todos los Servicios Públicos, abarcando esta situación a la Dirección Nacional de Vialidad que administraba los caminos. Se previó dentro de esta normativa el instituto de concesión para la administración, explotación, reparación, conservación y mantenimiento de las mismas, contemplándose un sistema especial para los peajes, por medio del pago de una tarifa. A través de esta nueva forma de prestación de servicios, el Estado trasladó los riesgos de los corredores viales a las empresas concesionarias, al asumir responsabilidad por el daño a las personas y bienes. (Celia Weingarten “La Privatización de las rutas viales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratos de Servicios-II- 2.005-2-Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.005, pág. 153 y ss.). Relativo a los corredores, al ser privatizados asumieron el rol de modernizar las vías, bajo la premisa de brindar mayor seguridad. Por esto la idea de circulación segura se vincula íntimamente con la ausencia de amenazas en sentido objetivo y subjetivo, esto es, omisión de riesgos que puedan ocasionar futuros daños. Y dentro de este concepto de seguridad vial, podemos diferenciar como lo hace Celia Weingarten dos tipos: la seguridad estructural que refiere a la ausencia de situaciones que puedan generar riesgos permanentes (ej. Baches en la carpeta asfáltica o mala señalización), y la seguridad coyuntural que vincula a la manutención de las condiciones de circulación en forma constante (vgr. ante la presencia de obstáculos en el corredor vial). Por esto, la autora citada nos indica que la seguridad implica el equilibrio justo en la distribución de los riesgos entre el estado, la concesionaria y los usuarios. La relación entre el Estado, la concesionaria de la ruta y el usuario es de diferente conceptualización. Esto porque el Estado como dueño de la ruta otorga en concesión la misma para su mantenimiento y explotación, por ende se dice que vincula a la empresa con aquel una relación extracontractual. Por su parte la relación de la prestataria con el usuario es contractual por el pago que efectúa el particular por el uso del corredor. Por ende la responsabilidad es contractual y objetiva. Así el contrato es de carácter privado y rige entre ellos en forma completa la ley de defensa del consumidor. Entendiendo la conexión de esta forma, se colige que el usuario se encuentra amparado desde que ingresa a la vía hasta que finalice su recorrido por la misma, por el pago de un precio, y a su vez, la prestataria asume por este ingreso económico, el riesgo de asegurar tal actividad. (Celia Weingarten “La Privatización de las rutas viales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratos de Servicios-II- 2.005-2-Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.005, pág. 153 y ss.). Por su parte la CSJN ha despejado todo interrogante respecto de la relación que vincula a los usuarios con las empresas concesionarias. En fallo reciente y con la integración actual ha dejado plasmado que “...En tanto la relación entre el concesionario vial y los usuarios de la ruta concesionada posee naturaleza contractual, debe concluirse que existe una obligación objetiva de seguridad a cargo de aquélla. (Del voto del

doctor Zaffaroni, in re: “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón vs. VICOV S.A. s/ daños y perjuicios). Con este fallo, la CSJN cambia el criterio sentado en los casos "Colavita" y "Bertinat", mencionando que: “...la relación entre el concedente y el concesionario constituye "el antecedente que posibilita encaminar la relación entre ésta y el usuario, de forma que permite establecer su real naturaleza, aun cuando determinados extremos que hacen a su objeto aparezcan delineados en el Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesión de Obra Pública; Pliego de Condiciones Particulares y el Reglamento de explotación". “...Que "el vínculo así conformado exterioriza, entre concesionaria y usuario, la mediación de una relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24.240". "...Que aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales, la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual, de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión”. Va de suyo que, en consonancia "con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento celebrado con el usuario". El hecho de que en su ejecución puedan presentarse ciertos obstáculos no modifica dicha conclusión, "en la medida en que como contrapartida le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación". En palabras nuestras, se trasunta la idea de una responsabilidad con basamento en el riesgo de empresa, clara, categórica e ineludible. La relación contractual de derecho privado entre el concesionario y el usuario hace nacer una obligación de seguridad de resultado, alcanzada por parámetros objetivos de atribución, a cargo de aquélla, "pues se trata de prestar un servicio de carácter continuado, moralmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva, y de uso simultáneo, sin que pueda existir una deliberación previa de forma que permita al usuario modificar las condiciones de la prestación". Frente a la imposibilidad de tal deliberación, como razonable derivación del principio de la buena fe, "debe reflejarse indispensablemente en la eficiencia y seguridad del servicio que se presta, para lograr de ese modo acabado la obtención del resultado". El principio de la buena fe tiene relevancia y está dirigido a plasmar materialmente "las expectativas legítimas objetivamente suscitadas, en un marco de razonabilidad consecuente al deber del usuario de conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio en cuestión". Así concebida la cuestión, se proclama que la prestación del servicio a cargo del concesionario debe ser prestada en términos tales que se mantenga indemne física y patrimonialmente al usuario, "pues en esa consecución éste ha depositado su confianza, la cual, objetivamente considerada, estriba en el tránsito por la vía concesionada sin riesgo alguno para dichos bienes". Dicha obligación de seguridad tiene basamento en el art. 5 de la ley 24.240, "introduce en forma inescindible la noción de eficiencia que procura tal tutela legal”. (del voto del Dr. Zaffaroni, in re: “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón vs. VICOV S.A. s/ daños y perjuicios, de fecha 21.03.06,

publicado en DJ 12.04.06, 985; LA LEY 30.03.06 y RCyS 2006-III, 35). Por su parte, doctrinariamente el tema ha sido analizado, concluyendo de igual forma a la antes señalada. Así, el Dr. Daniel Pizarro analiza en extenso la cuestión, añadiendo que: "...el Ministro Zaffaroni es categórico a la hora de pronunciarse sobre el tema. Comparte sin vacilaciones, ni medias tintas, la tesis de la relación de consumo, poniendo en cabeza de la empresa concesionaria una obligación de seguridad, de resultado y objetiva, muy amplia, que lo pone a cubierto de la enorme mayoría de los riesgos que aparece la circulación en rutas concesionadas. No sólo de aquellos que dimanen del estado de la carpeta asfáltica, sus banquetas, la señalización, etcétera, sino de la presencia de animales u otros obstáculos de similar naturaleza. (Pizarro Daniel, Comentario al fallo Ferreyra, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A. Publicado en: DJ 12/04/2006, 985 - LA LEY 30/03/2006, 3, RCyS 2006-III, 35; mi voto in re "Carandino, ..." sent. n° 98 del 31.18.07, Zeus Córdoba T. 11, 2007, pág. 401 y sgts.). V. Siendo así, advierto que conforme el pliego de condiciones para la concesión de obras viales, se estableció que "Barandas de defensa: Consisten en los dispositivos destinados a encarrilar y contener a los vehículos. Al recibir el corredor en CONCESIÓN, deberá completar y reparar las barandas faltantes o deterioradas, y colocarlas en todos aquellos lugares que por razones de seguridad así lo requieran en un plazo máximo de seis (6) meses..." (fs. 138). El principal argumento sustentatorio de la responsabilidad de la demandada, que los actores alegaron en la demanda fue, justamente, la falta de barandas que, en su opinión, hubiera impedido que el choque tuviera las características que tuvo. Y es el caso que se discutió en autos si correspondía o no colocar las barandas en el lugar del accidente. Desde mi perspectiva, y atendiendo a que debían ser colocadas "...en todos aquellos lugares que por razones de seguridad así lo requieran...", cuadra establecer si existen las mentadas razones de seguridad. Y la respuesta positiva debe darse, a poco que se atienda a los datos que surgen de las pruebas rendidas. En efecto, el perito mecánico oficial Ing. Miguel Ángel Arolfo, en un primer momento, y al referirse al dictamen extrajudicial requerido por los actores, señala que la aseveración según la cual se justifica la instalación de barreras de seguridad externas en la curva, se basó en estudios realizados en EEUU, y no incluyó estudios basados en la frecuencia accidental que presenta el sector analizado, de modo que entiende, sobre la base de estos últimos, será posible ratificar o rectificar la conclusión aludida (fs. 528/529). Posteriormente señala que de realizarse el relevamiento de frecuencia accidental, podría definirse la obligación de colocar las barandas "...o sea que por sus características accidentológicas la curva ubicada en el Kilómetro 659 de la Ruta Nacional N° 9 (ciudad de Pilar) no necesariamente debiera llevar barandas de defensa en los términos que lo puntualiza el Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales, pero sí sería altamente recomendable, por considerarla curva semi cerrada por su radio de giro" (fs. 536/537). De tal modo el experto oficial no aseveró la necesidad, pero sí la conveniencia de la colocación de las barandas. Y es claro que la opinión fundada del experto tiene gran importancia en temas técnicos como el debatido. Pero de allí a sostener que debe seguirse sin más su opinión, es cuestión

diversa. El tribunal conserva la facultad de meritar sus apreciaciones conforme las reglas de la sana crítica racional. Y esta última me impone señalar que las demás constancias de autos justifican declarar el incumplimiento de la obligación de poner las barreras en cuestión. Por una parte, porque si bien puede ser real que para lograr la total certeza, se requiera un relevamiento de frecuencia accidentológica (en buen romance, analizar cuántos accidentes hubo en el lugar, de qué características y con qué consecuencias), debería concluirse que para que se cumpla con el deber de seguridad previamente debe haberse demostrado la inseguridad del lugar. En otros términos, que necesariamente debieron haber accidentes previos, de características tales que justificaran, sin duda alguna, la colocación del guarda rail. Lo dicho es contrario al sentido común que debe asignarse al contenido del deber de seguridad. Esto así porque de lo que se trata no es de esperar la ocurrencia de accidentes, estudiar sus características, para recién, luego, poner las barreras. La prevención de los accidentes es conducta claramente requerible a la concesionaria. Así lo impone el respeto a la persona, por una parte (que no existiría respecto de aquellas utilizadas como conejillos de indias que deberían chocar para que recién se cumpla con el deber de seguridad), y se deriva de la regla de que, en caso de duda, debe estarse a favor del consumidor, tal como lo pone de manifiesto el señor Fiscal de Cámara. Como lo ha señalado la doctrina, con relación a las auditorías de seguridad vial, a fin de determinar la existencia de puntos negros, críticos o de conflicto (como sería el de ocurrencia del evento dañoso de marras), tales auditorías "...se pueden hacer en las tres fases de la obra: durante la etapa del proyecto o diseño (para evitar el diseño de lugares conflictivos), en la construcción (para ir evaluando y corrigiendo los puntos críticos) y luego de terminada la obra vial (como una forma de contralor, seguimiento o individualización de puntos negros, si es que no se hizo en las dos etapas anteriores)" (Pirota, Martín Diego, "Inseguridad vial: ¿quién es el responsable?", L.L. Suplemento Actualidad del 14.2.2008, pág. 1 y sgts.). De todos modos, y como lo aclara el autor, la regla esencial es la prevención del daño.- El propio perito describe y acompaña fotografías que demuestra la existencia de un cartel de importantes dimensiones que señala "PRECAUCION. CURVA PELIGROSA" (fs. 529 y 530). Si la señalización a cargo de la demandada reconoce que se trata de una "curva peligrosa" ¿no se está en presencia de un lugar que por razones de seguridad requiere de la colocación de las barreras? (tal los términos del pliego, antes recordadas). En mi opinión, la respuesta es positiva. Se trata de la interpretación de la relación de consumo a la luz del principio de la buena fe, y no hay que olvidar que un corolario del mismo es la prohibición de volver contra los propios actos válidamente cumplidos. Si la concesionaria tiene puesto tal cartel, con la advertencia que se trata de una curva peligrosa, no puede luego argumentar que no está probado que el lugar sea peligroso. Luego, aunque la afirmación tajante del dictamen extrajudicial se encuentre parcialmente minimizada por el perito oficial, la valoración conforme las reglas de la lógica y la experiencia me convencen de la razonabilidad de la anterior afirmación. Reitero, una vez más, la legislación consumerista impone interpretar el juicio técnico del perito, a la luz de aquella. Cuadra traer a colación

las reflexiones de la C.S.J.N. en un caso reciente y con motivo de un accidente sufrido por una pasajera al bajar del subterráneo, pero aplicables mutatis mutandi al caso de autos: "...el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley ... En el presente caso se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. " (C.S.J.N. in re " Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A." del 22.04.08, L.L. del 20.5.08, pág. 7 y sgts.). VI. Pero de lo dicho no se sigue, sin más, que pueda descartarse la culpa de la víctima como factor interruptivo (total o parcialmente) de la responsabilidad objetiva atribuida a la demandada. En otros términos, y analizando, a su vez el otro agravio expuesto por los apelantes, debe establecerse qué influencia causal tuvo el accionar del conductor del automóvil. En este punto cuadra destacar que la señora Juez a quo hizo especial hincapié en la declaración testimonial rendida por la señorita Paola Vanesa Brandán, a la sazón novia del de cujus y su acompañante en el evento dañoso. Para los impugnantes, valorar su testimonio rendido en sede penal, y prescindir del efectuado en sede civil, con contralor de parte, constituye un vicio de la sentencia. Es real que en sede penal los actores no pudieron controlar tal declaración, pero cuando la testigo fue citada en sede civil, se le interrogó si antes había prestado declaración, a lo que contestó que sí, que lo hizo en la policía en Pilar (fs. 431 vta.), de modo que, como también se ofrecieron las actuaciones penales, no puede decirse que los impugnantes se encontraran impedidos de ejercer su derecho de defensa, pues bien pudieron pedir precisiones a la testigo, con relación a su anterior declaración, lo que no sucedió. Es cierto que, en sede civil, la declaración es más escueta, pero debe tenerse presente que fue prestada en noviembre de dos mil cuatro, en tanto la de sede represiva lo fue el 20 de febrero de 2001, siendo que el accidente había ocurrido el 17 de estos últimos mes y año. Por ende, la proximidad temporal acuerda mayor verosimilitud a aquella declaración. Lo cierto que en el expediente penal, la testigo señaló que estando en un pub de Pilar, le pidió a Fernando Javier Silva que la llevara a su casa, que recuerda un semáforo rojo y un vehículo que estaba al lado de ellos, que Fernando y el otro coche aceleraron como para correr una picada saliendo primero el otro coche y ellos por detrás, que le dijo a Fernando que fuera más despacio. Luego relata que se produjo el choque (fs. 466). De tal modo, entiendo que no es ajena a la producción del accidente la culpa de la víctima a la cual la señora Juez a quo acordara toda la potencialidad de cortar el nexo de la cadena causal y que, para mi, sólo permite desembarazar parcialmente la responsabilidad de la demandada, pues aunque se acuerde que de haber existido el guarda rail, el accidente de todos modos se habría producido, lo

cierto es que, conforme la opinión pericial, la existencia del mismo hubiera minorado las consecuencias dañosas. El señor Fiscal de Cámara propone se distribuya la responsabilidad en un 42% a la demandada y el resto a la víctima, lo que coincide con lo dictaminado por el perito y se adecua a las circunstancias de la causa. Con lo dicho concluyo que la apelación debe recibirse, votando afirmativamente a la primera cuestión.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. CRISTINA GONZALEZ DE LA VEGA DIJO: 1) A merito de la disidencia surgida en el seno del acuerdo y lo normado por el art. 382 del C.P.C. y C., se impone fundar mi voto. En este punto coincido con lo opinado por el Dr. Raúl Eduardo Fernández, en el sentido que concurre en la producción del accidente la culpa objetiva de la demandada, recortada por el accionar de la víctima. Me lleva al convencimiento señalado, la conjunción de dos cuestiones: inobservancia del deber de seguridad por parte de la concesionaria, que por contrato y condiciones del lugar, era recomendable (pericial de fs. 536/537) colocar guarda rail por ser una curva peligrosa (cartel indicativo) , y por otra parte, en la conducta de la victima. Vinculado a lo primero, cabe señalar que el deber de seguridad que obliga al prestador, es el de adoptar las medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles. De este modo en el Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales, en el titulo III “Obligaciones del ente concesionario”, punto 1. IV “Barandas de defensas”, se estableció: “consisten en dispositivos destinados a encarrilar y contener a los vehículos. Al recibir el corredor en concesión, deberá completar y reparar las barandas faltantes o deterioradas, y colocarlas en todos aquellos lugares que por razones de seguridad así lo requieran en un plazo máximo de seis meses...” (fs. 138). El deber de seguridad que esta a cargo del concesionario, surge por aplicación del art. 5° de la ley 24.240 y 42 de la C.N. con relación al usuario. En este sentido el fallo de la CSJ. vertido en "Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c. V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios", es claro al caracterizar a la relación que media entre el usuario, que abona una suma de dinero, y el concesionario que lo percibe por el uso del corredor vial concesionado, como una relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24.240... El concepto por el cual el usuario abona la suma de dinero preestablecida —denominado peaje—, a cambio de la prestación del servicio, reviste la entidad de un precio pues se encuentra gravado con el I.V.A. Aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce los derechos fundamentales; la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato de concesión. Que, en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle al concesionario la responsabilidad directa y personal por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, no empece a que en su ejecución pudiesen presentarse ciertos obstáculos, en la medida que como contrapartida le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación. En el fallo

citado supra se ha sentado en forma categórica en lo que hace a los derechos del usuario, que la relación es de naturaleza contractual, de derecho privado y hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria, pues se trata de prestar un servicio de carácter continuado, modalmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva, y de uso simultáneo, sin que pueda existir una deliberación previa de forma que permita al usuario modificar las condiciones de la prestación (del voto del señor ministro doctor Raúl Zaffaroni). En el caso, si la propia concesionaria individualizó la curva anunciándola como “Precaución curva peligrosa”, no puede posteriormente negar tal condición que le impone proceder conforme la manda del pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales, transcripta supra. Con relación a la denominada culpa de la víctima coincido con la merituación efectuada por el Dr. Raúl Eduardo Fernández, respecto de la testimonial de la Srta. Paola Vanesa Brandán. En efecto como respuesta a la crítica vertida por el recurrente en el sentido que se valora lo declarado en sede penal, recibido sin control de su parte, se advierte más allá de lo dicho, que la testigo fue citada en sede civil, de modo que si alguna aclaración cabía sobre lo oportunamente atestiguado, al repetirse la prueba en sede civil, el interesado podía introducir la cuestión y formular preguntas al respecto. No debe olvidarse que el expediente penal fue ofrecido como prueba documental. Sin embargo, este no ha sido el norte seguido por la parte. Ahora bien, en lo atinente a la incidencia de la conducta del fallecido Sr. Silva, proporción en la concurrencia de culpa, considero que ha de estarse a la conclusión del perito oficial mecánico para el efecto de la contención de la barrera. Sostiene el Ing. Miguel Ángel Arolfo, al responder el punto d) de la pericial (fs. 537/538) que el “valor de disminución de la energía por existencia de barreras de contención; y por extensión; de los efectos del accidente, lo podemos estimar en aproximadamente 42 %” (sic). En este punto cabe atender a la opinión del experto, pues recae sobre materia de su incumbencia ajena al saber del juez, y que sirve como pauta objetiva de referencia al efecto. En tales condiciones cabe atribuir como valor concurrente en la producción del evento, culpa a la víctima en el 58 % y en el 42 a la demandada. Resulta grafico el precedente que seguidamente se cita, pues pone de manifiesto la interrelación entre la culpa de la víctima y el deber de seguridad de la concesionaria: “Corresponde responsabilizar concurrentemente al conductor de un vehículo y al concesionario vial —en un 60 % y un 40% respectivamente— por el accidente de tránsito que causó la muerte de la víctima —en el caso, despiste en ruta nacional en concesión y caída a un barranco del automóvil en el que circulaba como acompañante—, toda vez que, ante la falta de señalización y demás medidas de precaución en el lugar del hecho, la concesionaria incumplió con la obligación de seguridad debida a los usuarios durante el trayecto en que circulan por la ruta cuya concesión tiene a su cargo y el conductor no aminoró la velocidad del vehículo ni tampoco detuvo a tiempo su marcha” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala II, 02/02/2007, "Haser, Juan- por sí y por su hija menor de edad c. Pfeifer, Walter G. y/u otro y/o responsable", LL Litoral 898) . ASI VOTO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ANGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO: 1) La relación de causa efectuada por el Señor reconocido colega y Vocal de primer voto Dr. Raúl E. Fernández, resulta ser puntualmente prolija, y a ella nos remitimos junto a los escritos de las partes, para evitar inútiles repeticiones. 2) Debe recordarse que el art. 1113 consagra dos regímenes diferentes: el de los daños que se producen con las cosas, y el de los daños causados por la intervención relativamente autónoma y activa de las cosas. El primer supuesto queda emplazado en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpa o dolo; en cambio en la otra hipótesis -daños producidos por las cosas- son supuestos de responsabilidad objetiva. Debemos dejar aclarado que todo daño, aun cuando en apariencia se produzca por la acción independiente de la cosa, siempre la conducta humana está presente. Es el hombre quien fabrica cosas que presentan vicios, quien no las conserva adecuadamente, quien las sitúa en el lugar del daño, generando un riesgo, etcétera. En consecuencia, toda situación dañosa es producida por el hombre; algunas veces en vinculación causal directa con el hecho propio y otras indirectamente, a través de la interferencia de las cosas. Situar adecuadamente cuándo el daño es producido por el hecho propio o por la cosa resulta de singular importancia, habida cuenta de las distintas consecuencias que se siguen de ambos regímenes - subjetivo u objetivo-, fundamentalmente vinculadas con los eximentes de responsabilidad y la carga probatoria. En el primer caso, el deudor se libera de responsabilidad con la prueba del actuar diligente (no culpa), mientras que en el segundo supuesto se debe probar la ruptura del nexo causal (culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor) ... Cuando las cosas son un simple instrumento del hombre, y responden a su voluntad cumpliendo un papel secundario y de escasa incidencia en el daño, estamos en presencia de un hecho personal. En estos casos, el actuar humano tiene en sí mismo aptitud suficiente para producir, de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, el resultado dañoso ... Daños causados “por” las cosas: riesgo y vicio. Se trata de daños causados por la intervención autónoma de las cosas, que desborden la actividad del hombre y el control material que él mismo ejerce sobre ellas. Si bien, como dijimos, la conducta humana está presente, aquí el daño se encuentra en relación de causalidad directa con la cosa: el accionar humano queda en segundo plano y es absorbido por la presencia de la cosa ... En los casos de daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, por tratarse de un régimen objetivo, se prescinde de toda calificación de conducta, existiendo una presunción de responsabilidad en contra del dueño o guardián de la cosa. La víctima del hecho dañoso sólo debe probar el daño, la intervención de la cosa y la relación causal entre ella y el daño. Para liberarse de responsabilidad, el dueño o guardián debe acreditar el rompimiento del nexo causal, es decir, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder. También puede alegar el caso fortuito, incluido como eximente en la doctrina y la jurisprudencia.” (cf. Gherzi, Carlos Alberto, Teoría General de la Reparación de Daños, pág. 145 y ss., Bs. As., 1997). Resulta así que al tratar el tema en otras oportunidades hemos expresado que el art. 1113 del C.C. crea una presunción de responsabilidad en relación al dueño o guardián de la

cosa, de la cual sólo puede eximirse acreditando circunstancias exculpantes, situación que no se materializó en la causa. Nuestros Tribunales han resuelto: "En efecto, en los daños derivados del riesgo o vicio de la cosa (art. 1113) compete al dueño o guardián la prueba de la causa extraña al riesgo o vicio de la producción del daño: " la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (y, para la mayoría de la doctrina), también la operatividad de un caso fortuito ajeno. En consecuencia, se presume allí la relación causal: no pesa sobre el damnificado la prueba de un "estricto" vínculo causal entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Es suficiente, en cambio, que demuestre un nexo de causalidad "aparente": la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el suceso dañoso, a partir de lo cual se traslada al dueño o guardián demandado la carga de probar que, en realidad, el perjuicio proviene de un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio (Cám. San Francisco, 26.02.91, Semanario Jurídico, n° 844, 04.VII.91, pág. 210 -Del Voto de la Dra. Matilde Zavala de González, en Sentencia n° 18, del 13.III.95, CAM de Apelac. C.C. 8ª Nom.). En la responsabilidad por riesgo, la apreciación de la prueba sobre las eximentes debe ser tomada en forma estricta, requiriéndose certeza que el daño no obedece a la causa aparente que se le imputa a ese sujeto, debiendo estar demostrada fehacientemente la culpa de la víctima, de manera tal que ello pueda exonerar total o parcialmente la responsabilidad objetiva del conductor, atento que cualquier indicio que no resulte muy claro es insuficiente para atribuir culpa a la víctima. En este supuesto, el propietario o guardián de la cosa podrá eximirse de manera total o parcial, demostrando la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder, la existencia de un hecho fortuito, o fuerza mayor, lo que no ha acontecido en los presentes, como ya se expusiera suficientemente. Resulta que en este tema, al hablarse de la modificación al Código Civil, se dijo que se seguía una línea que abandonando la expresión riesgo o vicio de la cosa empleada por la ley 17.711, de por sí deficiente para abarcar el amplio espectro de casos que se pretende incluir en dicha locución, debía regularse en forma separada sobre responsabilidad por actividades peligrosas por su propia naturaleza o por los medios empleados, estableciendo una presunción de responsabilidad contra el sujeto que las realiza, de aquella otra que deviene de la sola intervención de las cosas, (cf. Brebbia, Roberto H, "Un tema recurrente en el Derecho Privado Argentino: el "hecho de la cosa" y el "hecho con la cosa", La Ley 1.989-C-925). Siguiendo la disposición legal vigente, sin duda alguna la situación bajo examen encuadra en la previsión contenida en el artículo 1.113 del Código Civil que impone la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa que causa el daño. Tal presupuesto legal, establece una similar presunción de responsabilidad para el dueño o guardián cuando el perjuicio se ocasionare por el riesgo o vicio de la cosa. (Conf. en similar sentido mi voto en Cám. 1ª C y C Cba., Sentencia n° 97, del 08.08.02, en "Lloves, Gerardo c/ Oscar L. Bauck -DyP"). 3) Frente al argumento de la culpabilidad esgrimida, resulta oportuno apuntar que la relación entre el usuario y el concesionario, se sindicada como un deber de seguridad que el usuario debe tener al transitar en una ruta concesionada. Ello deriva en que el usuario no interviene en el contrato que el Estado conviene con el concesionario y que debe limitarse

al marco normativo previsto en dicho contrato, asegurándole al usuario la transitabilidad en condiciones de indemnidad, quedando a cargo del concesionario el cuidado de la ruta y el mantenimiento material de ella, encuadrando los daños que pudieran ocurrir frente a su incumplimiento, en responsabilidad objetiva derivada del riesgo o vicio de la cosa, cuando como en el caso un objeto inesperado produce daños. Ello nos lleva a que la naturaleza jurídica de la relación del concesionario con el usuario, debe tener el mismo tratamiento ya sea porque el sujeto usuario pagó el peaje como aquel sujeto que no pagó el peaje, ya porque pasó por un carril liberado del pago, o por transitar entre localidades que por la distancia no tiene cabina de cobro en el lugar, por lo que la responsabilidad del concesionario frente al hecho dañoso debe ser idéntico frente a uno u otro, ya que no puede apreciarse una graduación de la responsabilidad por el hecho de haber pagado o no el peaje, enfrentando un trato discriminatorio, con lo que no se considera que el pago del peaje haga nacer entre el usuario y el concesionario un contrato, y por ende tampoco le cabe tal relación al que ingresó al camino sin ese pago. El vínculo existente entre el usuario y el concesionario tiene origen extracontractual. 4) Dilucidadas así estas cuestiones previas, de autos se advierte que se ha rechazado la demanda, en orden a que la responsabilidad exclusiva recayó en el conductor del automóvil, que perdió la vida a consecuencia de la colisión motivada por la actitud imprudente del exceso de velocidad. La causa eficiente del siniestro fue la excesiva velocidad que el conductor le imprimió a su vehículo, en una ruta de buen estado de conservación, con una curva que a 150 metros cuenta con un cartel advirtiendo que la misma es peligrosa. Ergo si el vehículo se conducía a velocidad excesiva, y el conductor por impericia o negligencia no lo pudo mantener en la carpeta asfáltica, los daños producidos por el siniestro no pueden ser trasladados a la demandada, ya que no ha existido ninguna conducta de la demandada que haya contribuido a la muerte del conductor Silva. En su consecuencia se ha roto la relación causal que recaía en cabeza de la demandada como concesionaria de la ruta, habiéndose probado que el conductor se extralimitó en el uso de la ruta conduciéndose a velocidad excesiva, que lo llevó no poder controlar la máquina que conducía. No cambia ello el argumento de la actora apelante, dirigido a que era obligación de la demandada la colocación de barreras de contención como elemento de seguridad, y que si hubieran existido los daños hubieran sido menores. Así estamos tergiversando los hechos, porque le endilgamos la producción de daños menores a la existencia de barreras de contención que la demandada debía haber colocado en la curva donde ocurrió el hecho. Pero es que el tema se centra en una actitud desaprensiva del señor Silva que se conducía a excesiva velocidad, sobrepasando los límites para los que la ruta fue construida, y que por su impericia el automóvil se salió de la carpeta asfáltica en una curva, cruzó a la otra mano de circulación y se incrusta en un árbol que se encuentra alejada de los extremos laterales de la referida ruta, con lo que se demuestra el exceso cometido por el señor Silva. Ello es responsabilidad sólo del señor Silva que se ha conducido por fuera de los límites que la ruta, el automóvil y su pericia conductiva le permitían. En ese contexto es que -abonando lo expuesto-, la testimonial de la

señorita Brandán que prestó declaración en sede penal, y en sede civil en la que la contraparte no pidió precisiones en orden a aquella declaración, ésta no puede argumentar ahora impedimento alguno con respecto al derecho de defensa, ya que tuvo la oportunidad de interrogar en sede civil, con mayor agudeza. De allí es que se extrae que, el accionar del señor Silva, comienza en un semáforo del que sale acelerando con otro coche en forma de “picada”, y que la testigo solicitara se bajara la velocidad, ocurriendo luego el choque con el árbol (fs. 466). Si en el caso los árboles estuvieran junto a la ruta, y el siniestro hubiese sido sobre la mano en que se conducía, hubiera sido imperioso que el guarda rail se encontrara instalado para evitar que cualquier salida de la ruta produzca daños mayores, pero es del caso que los árboles no se encontraban a la vera del camino sino a distancia del mismo y además el automóvil impacta sobre la mano contraria a la de su circulación (se ensanchó la ruta en ese sector ver fs. 531), y agregado a ello que las marcas de neumáticos son de 91,50 mts., lo que da una idea de la velocidad del móvil siniestrado, y en su consecuencia la velocidad de impacto de 55km/h. Si el conductor no supo anular el riesgo que significa el automotor en movimiento, sino que con su accionar potenció ese riesgo hasta concluir en el daño, no puede trasladarse su reparación a la concesionaria que no intervino en la provocación del mismo. “...El riesgo se crea con el uso, con la puesta del vehículo en la circulación y de ello se encarga el conductor; (Conf. Mosset Iturraspe Jorge, Los eximentes en los accidentes de automotores, en: Responsabilidad Civil en Materia de Accidentes de Automotores, pág. 189, Santa Fe, 1985). De lo relacionado se colige que el señor Silva estaba lejos de conducir el automóvil en condiciones de circulación adecuadas, manteniendo su dominio en todo momento como la legislación imperante así lo exige, sin que produjera daños no sólo a sí mismo sino a terceros. Esto está fuera de control de la demandada, y por ende eximida de responder a los reclamos de la actora, ya que la obligación de colocar las barandas está ligado a un siniestro de características acorde a la ruta que se ha concesionado, de tránsito regular, no a una pista en la que se transita a altas velocidades y con automóviles adecuados para ello, que tiene otras características de seguridad. La velocidad aplicada a cada tipo o clase de ruta lleva a que el conductor mantenga el dominio del vehículo en orden a la velocidad límite a la que dicha ruta ha sido calificada. Es así que al divisar el cartel de curva peligrosa, ya le señalaba que la misma debía ser abordada con prudencia, lo que evidentemente no ocurrió, ya que la ruta se encuentra debidamente demarcada y con señalización de cartelera adecuadamente instalada para avisar sobre el dibujo de dicha ruta, con la debida antelación en el lugar del hecho, lo que debió ser tenido en cuenta por el conductor del automóvil. De lo expuesto es que la responsabilidad del hecho es exclusiva del señor Fernando Javier Silva, por lo que el recurso debe ser rechazado. VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL DR. RAUL E. FERNÁNDEZ, DIJO: I. Corresponde acoger la apelación, revocar la sentencia y entrar a decidir el fondo de la cuestión planteada, sobre la base de los puntos que aunque sometidos, no fueron motivo de decisión en primer grado, atento la forma cómo se resolvió la cuestión

en la instancia anterior (arg. 332 C.P.C.). Desde tal perspectiva, recuerdo que los actores reclaman el resarcimiento de los daños que dicen padecidos y que los fijan en: lucro cesante pasado en base a \$ 160 por mes como la parte del sueldo que percibía el hijo, detráido lo que dedicaba a su propia persona: lucro cesante futuro que precisan más como pérdida de chance, y utilizando la pauta numérica antes descripta y en función de la fórmula Marshall arriban a la suma de pesos veintiséis mil trescientos con ocho centavos: c) gastos funerarios que justiprecian en la suma de pesos dos mil; d) daño moral que estiman en la suma de pesos ciento veinte mil por cada progenitor. II. Los actores solicitan el resarcimiento del lucro cesante pasado y el futuro, a título de chance. Tratándose del reclamo de daños por los padres, con motivo de la muerte de un hijo de 24 años, que vivía con los reclamantes, es preciso recordar que la jurisprudencia mayoritaria tiene dicho que “en caso de muerte de un hijo menor "lo que debe resarcirse es el daño sufrido cierto, que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye para una familia modesta, la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito, ese resarcimiento cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres, esa pérdida de la chance o posibilidad, es un bien que puede calificarse de cierto y no de eventual" (LL 1979-D-435), interpretación jurisprudencial reiterada luego en otros fallos del mismo tribunal: Ac. 36773 sent. del 16/12/1986; Ac. 52947 sent. del 7/3/1995. Similar criterio ha sustentado esta sala (causas 48138, 49681) al disponer que en el caso del fallecimiento de un joven la indemnización que corresponde a los padres de la víctima por parte de los responsables del daño, lo es en carácter de reparación por la pérdida de asistencia futura que es esperable de tal familiar directo, la cual es graduable a título de chance (no de lucro cesante), pues es esperable una ayuda o sostén económico que se acrecienta a la edad avanzada de los padres.” (CCC. San Martín, Sala 1º, “Jaime, Alda c. Breol S.A.”, del 20.11.2003). Más cercano en el tiempo, se ha destacado que En seguimiento de la doctrina legal de la Casación bonaerense y de la propia de la Corte Federal, esta sala resolvió que "cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia se infiere a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus padres o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético" (esta sala, causa 39.345, 11/8/1998, "Saloiña ", causa 39.541, 8/9/1998, "Luján" y causa 47.221 17/12/2004 "Giacoboni, J. D. y otra v. Ibarra, Manuel y otros s/ daños y perjuicios"). “De modo que el daño resarcible es la pérdida misma de la chance (arts. 1066, 1067, 1079, 1083, 1084 , 1085 y concs., CCiv.), ya que "cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica" (C. Nac. Civ., sala C, 11/8/1986, LL., 1986-D-514; C. Nac. Civ., sala B, 15/8/1986, LL, 1988-A-561 y JA 1987-II-551; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", t. Iib, p.242; esta sala, causa 37.517, 7/4/1997, "Cabrera de

Quin, María E. v. María C. Restivo s/daños y perjuicios").” “Y la chance es la probabilidad objetiva cierta -y no la mera posibilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea "suficiente", como se la ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño -actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos -el llamado "principio de regularidad"- es decir lo que sucede "según el curso natural y ordinario de las cosas", como lo expresó Vélez Sarsfield en el art. 901 , CCiv. (sobre el tema ver Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", p. 97; Sup. Corte Bs. As., Ac. 6.957, 29/6/1965, "Minutta, J. v. Provincia de Buenos Aires. s/ cobro ordinario", voto de la mayoría, AyS, 1965-II-324, LL, 119-394; Mosset Iturraspe, Jorge, "Frustración de una chance por error en el diagnóstico", en "Estudios sobre responsabilidad por daños", t. IV, p. 73, LL, 1982-D-475; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en la obra colectiva "Temas de responsabilidad civil" en Homenaje a Augusto M. Morello, p. 28; Corte Sup., 8/3/1994, "Rodríguez Santorum, Claudio v. Tap. Air Portugal ", JA., 1995-IV-140; Corte Sup., 5/8/1988, "Santa Coloma Luis y otro v. Ferrocarriles Argentinos ", ED, 120-651; p. 332; Piaggio, Aníbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", ED, 152-812 (cap. IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p. 128; esta sala, causa 42.469, 26/6/2001, "Cerdeiro, Margarita Azucena v. Municipalidad de Azul s/ indemnización de daños y perjuicios").” “Es inherente a la condición humana, y por ende marcadamente probable, que el hijo asista económicamente a sus padres, no sólo en sus necesidades materiales futuras de la vejez, sino también en el cuidado personal que también tiene contenido económico. Se conectan, e interrelacionan, la futuridad de la asistencia probable y la de sobrevivencia y disposición de contribución y ayuda del hijo, las que se encuentran comprendidas en lo que puede rotularse como "standard de buen hijo" (arts. 901 y 906 , CCiv. y 384, CPCC Bs. As.). "Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo Jorge A., "La pérdida de 'chance' como daño resarcible" LL 1989-B-106), lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. in extenso Piaggio Aníbal "Azar y certeza en el derecho de daños", ED 152-815; causas 48.073, 12/5/2005 "Zarza"; 42.976, 6/9/2001 "Testa").” “Incluso los mismos antecedentes jurisprudenciales de la Corte Federal reconocen el caso en que se juzgó que a la escasa edad del hijo (de 36 horas de vida) no es óbice para admitir "la frustración de una posibilidad de ayuda futura" (Corte Sup. 17/3/1998, "Peón, J. D. y otra v. Centro Médico del Sud S.A ", DJJ. 1998-3-819).” (CCC Azul, sala 2, in re “E. R.D. y Otra c. E.R.D. y Otros” del 6.11.07). Siguiendo tal perspectiva he sostenido antes de ahora que “La reparación por muerte del hijo ha de ser, como toda reparación integral, dentro de su respectiva especie. La cuantía de la indemnización resulta de la medida con que en el hecho, el hijo muerto contribuía al sostenimiento de sus padres; y en la medida en que por derecho contribuía o debía contribuir a la subsistencia de los mismos” (Mosset Iturraspe, Jorge, El valor de la Vida Humana, Edit. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, pág. 141). Participo de la

idea que la muerte de un hijo importa para sus progenitores la frustración de una verdadera esperanza de ayuda desde que la propia ley le impone a los hijos el deber de brindar alimentos y prestar servicios a sus padres, sin que pueda exigírseles a los padres una prueba acabada del perjuicio.(mi voto in re “Cuper, Antonio Clemente c. Caminos de las Sierras-Ordinario . Daños y Perj. Accidentes de tránsito . Recurso de apelación” sent. n° 149 del 28.12.07). Debe tenerse presente, entonces, si ha quedado acreditado la existencia de una actividad rentada, lo que sí ha sucedido en autos. Así, el testigo Flavio Sebastián Morales ha reconocido que el occiso trabajaba en una empresa de camiones que cree que era Cargo (fs. 407 vta.), pero ha destacado que creía que colaboraba con sus padres, por los propios dichos del hijo. La testigo Paola Vanesa Brandan, al declarar en sede civil declaró que el occiso trabajaba para la empresa CARGO como chofer, no recordando cuánto ganaba, sin mencionar la ayuda a sus padres. De tal modo, y desde un punto de vista estricto, podría sostenerse que no se ha probado la ayuda que los padres dicen recibían de su hijo. Sin embargo, se acepta que, por vía presuncional (presunciones hominis) se arribe a la prueba de tal aporte. En tal sentido, cuadra tener presente la edad de la víctima al tiempo del fallecimiento (24 años), su soltería, y que viviera en la misma casa con los padres. Por ende, cuadra presumir tal ayuda, configurativa, entonces de pérdida de chance, claro está que detrayendo de la suma que se obtenga, de un porcentual que es el que el propio occiso destinaba a sí mismo. Tal porcentaje ha sido estimado por los actores en el 80% y luce razonable. El perito contador ha establecido circunstanciadamente, aludiendo al informe de la empresa donde trabajaba el occiso, una remuneración promedio de cuatrocientos veintisiete, para el período 2000/2001, y a abril de 2005 (fecha de presentación de la pericia, fs. 570 vta.), de pesos un mil seiscientos uno con ochenta y seis centavos (fs. 570). Así las cosas, es dable acceder a esta porción del reclamo resarcitorio, para lo cual se tienen en cuenta las pautas de la “fórmula abreviada Las Heras-Requena”, cuya formulación es: $C = a \times b$. Si “a” es el ingreso de la víctima, el que debe reducirse en función de la pauta señalada (20%) y a este monto se multiplica por trece meses a lo que se adicionan intereses al 6% anual de lo que se obtendrá la suma anual. Para establecer “b” debe señalarse el término probable de sobrevivida de los actores, es de setenta y cinco años, más como no consta en autos la fecha de nacimiento de los mismos, es necesario establecer las bases para el cálculo, el que debe efectivizarse en primer grado. Como se trata de daño reclamado por los padres, es la sobrevivida de éstos lo que da la pauta para el cálculo y no la del hijo fallecido. Al monto resultante, corresponde detraerle un 5% atento no tratarse, en sentido estricto, de lucro cesante, sino de una chance, de modo que es posible minorarlo. IV. En relación al momento en que corresponde se adicionen los intereses a este rubro los mismos deben correr desde la fecha de la sentencia porque se trata de un daño aún no producido, sino que se le irá produciendo en adelante. Por ello, la fórmula utilizada para su determinación considera la tasa de interés y el tiempo que se procura indemnizar, de manera tal de determinar cuál es la suma que debe entregar el deudor para reparar dicho daño, dinero que permita al damnificado acceder a una renta que repare el daño a

producirse, por tanto el monto es determinado a la fecha de la resolución, a partir de ese momento que la falta de pago implicaría que el damnificado se vea impedido de obtener la renta que ese capital debe rendirle, para compensarlo por el perjuicio que el daño le está produciendo de ahí hacia el futuro” (mayoría, Dr. Díaz Reyna). C. Civ. y C. Córdoba, 8ª Nom. 25/10/05, Sentencia 190, Ferreira, Ariel Alejandro c/ Cabrera Ramón –Ordinario – Daños y Perjuicios – Accidente de tránsito – Recurso de apelación – Expte. 510781/36. V. Con relación a los gastos funerarios, se presume su erogación (arts. 2307 y 3880 inc. 1º C.C.), de donde la suma reclamada debe ser acogida. VI. Respecto del daño moral peticionado, tengo en cuenta que, conforme la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, la justipreciación del daño moral impone valorar las constancias concretas del caso, y su comparación con casos similares resueltos jurisprudencialmente (T.S.J. Cba. Sala Civ. y Com. in re “López Quirós, Carlos H. c. Citibank N.A. Ordinario .- Recurso Directo” sent. nº 44 del 20.6.06, Zeus Córdoba, T. 9, 2006, pág. 380 y sgts., del voto de la mayoría). En efecto, se ha señalado que “...la elaboración de cualquier sistema orientado a prefijar los montos por daño moral, no desjerarquiza los intereses espirituales menoscabados (como no lo hace una condena a indemnizar por su lesión) sino que sólo aporta andamiaje técnico para superar el individualismo jurisdiccional inmotivado, que no brinda explicaciones razonables ante diferencias resarcitorias importantes ante daños morales más o menos similares” (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, pág. 505). En esa línea de pensamiento, el Tribunal Superior de Justicia local, tiene dicho que no basta realizar afirmaciones dogmáticas como la de autos o referir a descripciones doctrinarias sin sustento específico en el caso en análisis, para tener por fundamentado el monto acordado por daño moral (T.S.J. Cba. Sala Penal, in re “Canutto, Horacio O. y Otro” del 15.6.99, L.L.C. 2000, 1295 y sgts., con nota de González Zavala, Rodolfo M. “Casación y monto del daño moral. Reacción del Tribunal Superior contra las fundamentaciones aparentes”). El daño moral se prueba in re ipsa, cuando, como en el caso, se trata de la muerte de un hijo. De tal modo, no tiene incidencia la impugnación al dictamen psicológico realizado a los padres, porque, reitero, la sola ocurrencia del accidente demuestra, per se, la alteración espiritual que se sufre, lo que sólo puede ser dejado de lado si el requerido de pago demuestra la existencia de circunstancias obstativas a tal premisa, tales como la falta de relación de padres e hijos, la existencia de desavenencias profundas que demuestren ruptura de la relación paterno-filial, etc., lo que no ha ocurrido en autos. La cuestión también se presenta en otros lares, siendo de destacarse la formulación de la denominada “De la tarifación judicial juris tantum del daño moral” (Peyrano, Jorge W., J.A. 1993.I.977, y CCCRosario, Sala IV, in re “ G., F. c. H.E.C.A. y Ot. s/ Daños” del 28.3.05, Zeus T. 101 págs. J. 683 y sgts.; en este fallo se estimó conveniente fijar como pauta máxima –pérdida de un hijo- la suma de \$ 70.000). En esta Provincia, se ha fijado en \$ 50.000 (C2aCCCba. In re “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano “ L.L.C. 2008, 535 y sgts.), en \$ 100.000 (C5aCCCBa. in re “Ríos, Daniel c. Díaz” del 28.8.86), de modo que se estima justa la fijación en \$ 70.000, para cada accionante,

atento lo luctuoso del accidente, la relación existente entre la víctima y los reclamantes (vivían juntos). VII. La imposición de costas en primera y segunda instancia debe distribuirse conforme los resultados obtenidos, y las razones tenidas en cuenta en este pronunciamiento para acoger los rubros pretendidos. Cuadra recordar que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas principalmente en tres posiciones contrarias: a) Una primera que entiende que las costas deben ser siempre asumidas por el demandado responsable, aún cuando la demanda prospere parcialmente; en esta corriente de pensamiento se enrolan entre otros Orgaz (El daño resarcible, ps. 156 y 157 y Farina (Enciclopedia Jurídica Omeba, voz “costas”, T VI, p. 106). Para esta tesis las costas deben ser asumidas –por un principio de justicia- por quien con su conducta hizo necesario el juicio; b) Una segunda posición entiende que no es posible atribuir las costas por un sistema automático o matemático sino que en definitiva la determinación ha de ser prudencial y circunstanciada del magistrado y c) Finalmente una tercer corriente de opinión sostiene que las costas deben ser distribuidas proporcionalmente atendiendo a los vencimientos recíprocos de los litigantes. De este modo, la condena al demandado no resulta suficiente para reputarlo vencido e imponerle las costas, sino que deben confrontarse los rubros de la demanda con el resultado económico obtenido en la sentencia y de esa ecuación matemática resultará la proporción de costas que corresponde cargar a cada una de las partes. Esta es la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Conf. CSJN 09/02/89, ED 134-853) y por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, Sala Civ. y Com. in re “Ponce Víctor c/ Ubaldino José Rodríguez – Recurso de revisión”, 14/09/89, Sent. 37, et in re “Alice, Mario D. C/ Mary Iñiguez de Peña – Ejec. Hipotecaria – Recurso Directo” sent. del 27.2.02, en Zeus Córdoba n° 5 pág. 134 y sgts., aplicable mutatis mutandi; T.S.J. Cba. Sala Penal, in re “Palacios, Roque Sebastián p.s.a. Homicidio Culposo- Recurso de Casación” sentencia n° 2 del 9.3.04, Zeus Córdoba, T. 4, 2004. 484 y sgts.). Nuestro código procesal contiene el principio objetivo del vencimiento y la pauta del vencimiento no opera in abstracto, sino en concreto (art. 132 del CPCC); sin embargo es de advertir que del mismo modo como sucedía con el art. 356 ter del CPCC antes vigente, esa pauta objetiva encuentra además la posibilidad de morigeración en función de un parámetro de índole subjetivo que alude a la prudencia del juzgador. En suma, dos son los parámetros a tener en cuenta, por una parte la proporcionalidad matemática, por la otra la prudencia del juzgador (Conf. esta Cámara in re “Bruno de Jorge, Josefina c. Carrefour Argentina S.A. – Ordinario .- Daños y Perj. Otras formas de respons. Extracontractual. Recurso de apelación” sent. n° 174 del 24.11.05. Sem. Jur. T. 92, 2005-B, 883 y sgts., entre otros; C2aCCCba. in re “Bernahola, Mario Rubén c. Aguas Cordobesas S.A. – Ordinario –Daños y Perj. Otras formas de respons. Extracontractual. Recurso de Apelación” sent. N° 10 del 23.2.06, Sem. Jur. T. 93, 2006-A, 729 y sgts.). Aceptar la primera tesis, esto es, que en todo caso en que prospere una pretensión resarcitoria de daños y perjuicios, el demandado debe cargar con las costas importa contravenir el sistema impuesto por el art. 132 C.P.C. a la par que alzarse contra el criterio del Tribunal Superior

de Justicia, último intérprete de las normas formales locales. Como aún resta definir el monto de la chance, se difiere la estimación de las costas y honorarios profesionales de primer y segundo grado para su oportunidad. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. VOCAL DRA. CRISTINA GONZÁLEZ DE LA VEGA DIJO: I) Adhiero a lo opinado por el Dr. Raúl Eduardo Fernández, y solo me permito agregar en consideración al art. 382 del C.P.C. y C., el porcentual que debe tenerse en cuenta a fin de liquidar el lucro cesante futuro a modo de chance, y lo relativo a la distribución de costas. II) Vinculado a lo primero, conforme el voto inaugural, y en atención a lo establecido en la pericia contable y lo reclamado, coincido en que debe estarse a los ingresos que estimativamente habría de percibido la víctima (determinados en promedio a la fecha de abril 2005, en \$ 1.601, 86, fs. 570) a percibir por los progenitores de la víctima, en razón que en vida del hijo fallecido habitaban con él y les asistía económicamente, es que corresponde estar en el 20%, dado que el resto, 80% era lo que utilizaba para vivir el hijo fallecido. El porcentual que se atribuye resulta equitativo y además se adecua a las reglas de la sana crítica, en especial de la experiencia. III) Con relación a la segunda cuestión: costas y honorarios. La regla bajo la cual habrán de distribuirse es la del art. 132 del C.P.C.y C., pero en virtud que aún no ha sido liquidada el valor chance, corresponde diferir su imposición y cuantificación, tanto las de primer instancia, como las devengadas en esta sede. IV) ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. MIGUEL ANGEL BUSTOS ARGAÑARÁS DIJO: En orden a la divergencia surgida del Acuerdo, y en atención a lo normado por el artículo 382 última parte, CPC, a la segunda cuestión propuesta dejo expresado que los actores solicitan lucro cesante pasado por \$ 160 por mes, agregado a ello lucro cesante futuro como pérdida de chance, y utilizando la fórmula Marshall llegan a la suma de pesos veintiséis mil trescientos con ocho ctvs., además por daño moral peticionan la suma de ciento veinte mil para cada progenitor. Así planteadas las peticiones, entendemos que el lucro cesante pasado y futuro o pérdida de chance, resulta por la muerte del hijo joven que vivía con sus padres y por ello se infiere a favor de los padres un daño material, porque contribuía aquél con asistencia material y moral, representando la frustración de una ayuda, habiendo quedado acreditada la actividad rentada del occiso, de 24 años de edad, entendiendo que se destinaba el veinte por ciento de sus ingresos que ascendían a \$ 1.601,86, aplicando la fórmula abreviada Las Heras Requena, y el porcentaje aludido se multiplica por trece meses y se le adiciona el 6% anual, y por el tipo de reclamo es desde la fecha de la Sentencia, y con un término se sobrevive de los padres de setenta y cinco años, monto resultante al que se le retrae el cinco por ciento por resultar pérdida de chance. Asimismo la suma reclamada por sepelio es presumida por lo que corresponde su acogimiento. En lo que refiere al daño moral, en el caso que nos encontramos el mismo se prueba in re ipsa al tratarse de un descendiente que fallece abruptamente, y con la característica de un accidente automovilístico, lo que produce una alteración espiritual, salvo que hubiera acaecido en el seno familiar con anterioridad una

ruptura en la relación lo que no ha sido motivo de pruebas. Es por ello que el monto asignado a cada progenitor por el fallecimiento del hijo se estima justo en la suma de pesos Setenta Mil. Así expuesta las cuestiones, las costas de primera como de segunda instancia se deben distribuir conforme los resultados obtenidos en atención a lo normado por el artículo 132, CPC, difiriéndose las mismas. ASI VOTO.

Por ello y por mayoría, SE RESUELVE: I. Receptar el recurso de apelación interpuesto por los actores, revocar la sentencia de primera instancia, y en consecuencia atribuir el 42% de responsabilidad a la demandada y el 58% a la víctima. II. Diferir la cuantificación del daño conforme las pautas brindadas en el considerando pertinente. III. Diferir la estimación de las costas de primer y segundo grado para su oportunidad. IV. Regular provisoriamente los honorarios profesionales de los letrados intervinientes: Dres. Cristian Julio Moyano, Carlos José Molina y Pablo Javier Gareca en la suma de pesos novecientos treinta y uno con cincuenta centavos para cada uno de ellos, por las tareas desarrolladas en primera instancia; y por los trabajos en esta Sede los honorarios de los Dres. Cristian Julio Moyano, Carlos José Molina y Pablo Javier Gareca se estipulan provisoriamente en la suma de pesos doscientos cuarenta y ocho con cuarenta centavos para cada uno de ellos (art. 26, 34, 37 Ley 8226 y 125 Ley 9459). Protocolícese, incorpórese copia y oportunamente bajen.