

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA

En la ciudad de **SANTA ROSA**, capital de la **Provincia de La Pampa**, a los catorce (14) días del mes de noviembre de 2023, se reúne en ACUERDO la **SALA 1** de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para dictar sentencia en la causa: "**() MARIA DEL CARMEN Y OTRO c/() HUGO OSCAR Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS**". **Expte. N° 21921** (r.C.A.) originaria de la Oficina de Gestión Común (juez 2; Expte. N° 130846) de la Primera Circunscripción Judicial, estableciéndose por sorteo el siguiente orden de votación: **1) Laura B. Torres**; y, **2) Fabiana B. Berardi**.

La juez Laura TORRES, dijo:

I.- Preliminar

Mediante sentencia de fecha 9/3/2021, la magistrada de la instancia anterior hizo lugar a la defensa de *falta de legitimación pasiva* opuesta por () y () () y rechazó la demanda promovida por María del Carmen () y Miguel Ángel (); en virtud de lo cual consideró "*inoficioso tratar las demás cuestiones planteadas*".

Dicha decisión fue revocada por esta Sala (sentencia de fecha 9/8/2022) y, sin perjuicio que consideré oportunamente que correspondía la remisión de estas actuaciones al juzgado de origen, por los fundamentos que expuse al emitir mi voto, lo cierto es que, por mayoría, se resolvió que una vez firme debía volver a despacho para el dictado de la sentencia definitiva.

Debo, por tanto, abocarme al análisis de la pretensión deducida por María del Carmen () y Miguel Ángel () como de las defensas opuestas por los demandados () (fallecido y representado en esta causa por sus herederos Román y David ()) y () (), como así también por la codemandada y tercera citada, La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, a la luz de la prueba producida y el derecho aplicable y decidir si corresponde hacer lugar (o no) a la pretensión esgrimida por los actores y, en su caso, en qué extensión.

Digo entonces y en el marco propuesto que, de acuerdo a la fecha en que se produjo el hecho dañoso (29/10/2016), la normativa bajo la cual analizaré la cuestión controvertida son las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial (CCyC).

II.- De la pretensión y defensas interpuestas

II.-a) María del Carmen () y Miguel Ángel () interpusieron demanda de daños y perjuicios contra () y () () (h. 33/41), en su carácter de padres de ()(), quien, según expresaron, conducía la pick up "*en forma negligente, imprudente, imperita y culposa y alcoholizado*" al momento del accidente-vuelco que causó la muerte de () (hijo de María del Carmen () y medio hermano de Miguel Ángel ()), y reclamaron la suma de \$2.678.010,74 o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse, con más intereses desde la fecha del hecho hasta la de su efectivo pago.

Demandaron también a La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales (en adelante, La Segunda) en su carácter de aseguradora de la pick up Dominio ().

Relataron que el día 29 de octubre de 2016, aproximadamente a las 21:00 hs., () () conducía la Pick Up marca Chevrolet, modelo año 1996, D-20 STD TURBO PLUS, en compañía de Román Claudio (), Fabián José Aimú y (), desde la localidad de Conhello a Eduardo Castex por la ruta provincial n° 102, con sentido de circulación este a oeste y que, al llegar a la altura del mojón n° 65 de dicha ruta, donde existe una curva hacia la izquierda, se encandiló con la luz reglamentaria de un vehículo que circulaba en el sentido contrario y perdió el control de la camioneta.

Expusieron que primero se fue a la banquina derecha, volanteó hacia la izquierda y el rodado cruzó la ruta hacia el otro carril tocando la banquina izquierda, luego volanteó hacia la derecha y ello produjo que la camioneta efectuara entre cuatro y seis tumbos sobre el asfalto.

Alegaron que, como consecuencia del hecho, los cuatro ocupantes fueron despedidos y que dos de ellos perdieron la vida (() () y () () ()), mientras que los restantes ocupantes tuvieron lesiones graves.

Agregaron que el accidente se produjo porque el conductor de la pick up conducía en forma imprudente, imperita, antirreglamentaria (culposa) y alcoholizado y que la causa, tramitada ante el MPF bajo carátula: "MPF – (), () y () *Guliano () s/ Averiguación Causal de Muerte*" (legajo N° 60517), se archivó por no poder imputarse responsabilidad al conductor fallecido.

Fundaron la demanda en lo dispuesto en los arts. 1724 a 1727, 1737 a 1741, 1745 y 1748 del CCyC; y, en cuanto a los rubros reclamaron daño moral (\$1.200.000); lucro cesante (\$1.201.522,14), gasto futuro por tratamiento psicológico (\$ 45.000) e incapacidad sobreviniente - lucro cesante (\$231.488,50) con más intereses desde la fecha del hecho.

Especificaron que la indemnización reclamada por María del Carmen () era de \$1.652.433,92 (daño moral: \$ 850.000; lucro cesante: \$525.945,42; daño material-gastos futuros tratamiento psicológico: \$45.000; e incapacidad sobreviniente -lucro cesante: \$231.488,50); mientras que Miguel Angel () era de \$1.025.576,72 (daño moral: \$ 350.000 y lucro cesante: \$ 675.576,72).

II.-b) Hugo O. () y María Beatriz (), por su parte, al contestar demanda (h.59/62 vta.) reconocieron el accidente, pero negaron que fuera "*producto de la conducción imprudente, imperita, antirreglamentaria, culposa y alcoholizada o ebrio del Sr. () ()*" (h. 59 vta.).

Expresaron que tanto su hijo como () tenían un alto grado de alcohol en sangre (incluso este último tenía rastros de consumo de drogas o sustancias similares, según la autopsia) y que todos conocían el estado en que se encontraban e igualmente consintieron realizar el viaje de regreso; es decir, "*asumieron un riesgo y por ello les cabe responsabilidades*" (h. 61, pto. 8 final).

Alegaron que se trató de un "*transporte de características benévolo, con la particularidad que los transportados, por el estado de ebriedad, aceptaron el riesgo*", en tanto impedía "*una normal conducción*" y que, por tanto, era previsible que acaeciera un siniestro automovilístico.

Entendieron, en definitiva, que "*mal pueden ahora los herederos reprochar tal acción*"; razón por la cual peticionan que se exima de responsabilidad al conductor del vehículo siniestrado o, al menos, que corresponde repartirla (h. 62, pto.11 y 12).

Cuestionaron los rubros reclamados y pidieron la citación en garantía de su compañía aseguradora, La Segunda (h.33 vta.).

II.-c) La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, al comparecer (h.77/83) *declinó la citación en garantía* y, por consiguiente, rechazó la cobertura de las consecuencias del siniestro.

Admitió que la pick up involucrada contaba con un seguro de responsabilidad civil, tras lo cual transcribió la cláusula (2.1.) de la póliza de la CG-RC mediante la cual se establece que el conductor se encuentra en estado de ebriedad "*cuando el examen de alcoholemia arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por 1000 gramos de sangre al momento del accidente*"; situación que, según dice y de acuerdo a las actuaciones penales, se encontraba () () (2,38 gr/l).

Explicó que en tales condiciones el siniestro en cuestión no se encontraba amparado por la cobertura asegurativa contratada, tal como le había sido notificado al asegurado mediante carta documento OCA N° CCZ0026072 8.

Sintetizó su defensa de exclusión de cobertura en que, de acuerdo a las condiciones de la póliza, su parte se encontraba al margen de toda *"eventual condena que se pueda dictar en este juicio civil"*, por cuanto se hallaba *"...legítimamente eximida por haber sido conducido el vehículo asegurado por una persona con trastornos de coordinación motora derivados de la ingesta de alcohol, causales de exclusión de cobertura expresamente pactadas entre las partes."* (h. 79).

Contestó la demanda en subsidio y solicitó que se considere la responsabilidad que pesaba sobre () () () quien aceptó ser transportado *"en condiciones harto peligrosas. En efecto, circulaba en horas de la noche, por una ruta, en un vehículo conducido por una persona respecto de la cual no pudo desconocer su estado de alcoholización. Además, no llevaba colocado el cinturón de seguridad y en la camioneta se trasladaba un mayor número de personas que el permitido. Es más, el propio DIAZ también estaba alcoholizado, habiéndose detectado en el mismo una dosis de 2,55gr/l"* (h.79 final y vta.).

Expresó que () era una persona adulta, responsable de sus propios actos y, por tanto, coincidió con la parte demandada en que *"... asumió el riesgo que dicha situación generaba para sí mismo, configurando una actitud totalmente imprudente y desaprensiva que no la exime de responsabilidad"* (h. 79 vta.) y citó jurisprudencia afín.

Rebatió los rubros (negó la procedencia del lucro cesante) y montos reclamados, no sin antes alertar que la *"falta de cinturón de seguridad"*, aparte de ser una transgresión al artículo 45 inc. k de la ley nacional de tránsito, resultó ser un factor de indudable vinculación causal con la gravedad de las lesiones que le provocaron la muerte y que, por tanto, cabía la reducción de los perjuicios padecidos.

Peticionó, por consiguiente, se tenga en cuenta dicha omisión como factor de morigeración; como también la falta de legitimación de los actores para reclamar lucro cesante en los términos del art. 1745 CCyC y la existencia de daño psicológico diferenciado del moral, entre otros.

III.- De la audiencia preliminar - hechos controvertidos

Estableció primeramente la jueza de la anterior instancia (cfe. acta de h. 100/101, de fecha 6/3/2019) los *"hechos no controvertidos"* para luego fijar los *"controvertidos"* (h. 101): **"1) la legitimación pasiva de los Sres. () y () () interpuesta por los demandados a fs. 56/63 y por la citada en garantía a fs.80 punto V.3, respectivamente; 2) la mecánica del accidente; 3) los daños que expresan los actores se produjeron con motivo del accidente y que por ellos deban responder civilmente los demandados () y () () y en su consecuencia, la aseguradora "La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales"; 4) la procedencia de los rubros y montos reclamados y 5) la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía a fs.77vta./79 punto IV"**.

III.-1) Legitimación pasiva de () y () (). Tal como ya lo señalé de modo preliminar, dicha cuestión fue anteriormente resuelta por esta Sala en la que nos expedimos de modo coincidente en que los demandados poseían legitimación pasiva.

Debo, por tanto, ingresar en el análisis de los demás puntos fijados como discutidos (2, 3, 4 y 5) de acuerdo a la prueba producida (documental acompañada, testimoniales, declaración de parte, informes presentados y pericias realizadas) y el derecho aplicable; sin dejar de atender, claro está, a la pretensión expresada y defensas opuestas de conformidad a lo preceptuado por los arts. 360, 368 y ccs. del CPCC.

III.-2) Mecánica del accidente. Tengo en cuenta que a ese respecto tanto la parte accionante como la codemandada y tercera citada ofrecieron como prueba el legajo N° 60517: *"MPF– ()*,

() y () *Guliano () s/ Averiguación Causal de Muerte*", cuya resolución, dictada el día 19 de abril de 2017, consignó: "...El presente legajo se inicia a raíz de un accidente de tránsito ocurrido con fecha 29 de octubre de 2016 a horas 21:30 aproximadamente, en la Ruta Provincial Nº 102 kilómetro 66 a la altura del molino de Aman, donde se produce el vuelco de una camioneta tipo pick up, Chevrolet D-20, dominio AUV 072, encontrándose sin vida () () y () () (), y trasladados al Hospital 'Governador Centeno' (General Pico) Román Claudio () y Fabián José Aymu".

Se estableció allí también que de la declaración prestada por este último surge que "... siendo horas 21:00 aproximadamente, momento en que me encontraba circulando en camioneta Chevrolet, junto a los ciudadanos Maximiliano (), Ramón () y () () por ruta 102 en dirección desde Conhelo a Eduardo Castex donde yo venía con el celular, escucho a Maxi que venía manejando grita hijo de puta' por un automóvil que venía de frente encandilándolo, es allí donde pierde el control ...".

Derivo de ello entonces que, si bien en el caso no medió sentencia penal condenatoria (la fiscal interviniente ordenó el archivo de las actuaciones por no poder imputar la comisión de un hecho ilícito a persona alguna atento que el conductor Maximiliano () falleció en el mismo acto), lo concreto es que dicha resolución se basó en el testimonio de Fabián José Aimú, por resultar protagonista del siniestro en cuestión.

Tengo por cierto, en consecuencia, que la mecánica del accidente es la que surge del referido legajo en el cual constan actuaciones labradas por la policía provincial el día del siniestro (legajo fiscal 3713/16, expte. letra "S.J" n° 484/16); más específicamente el "acta de inspección ocular" y "croquis demostrativo del lugar del hecho" (h.1-4) los que grafican de modo suficiente las maniobras realizadas por el conductor de la pick up hasta terminar volcando con el luctuoso resultado conocido y del que dan cuenta las elocuentes fotografías (h. 18/37) agregadas.

Es más, el relato fáctico de los hechos realizado por la actora en su demanda (en los términos arriba reseñados), responden o reflejan lo que surge del croquis policial y no se ha producido otra prueba ni dado otra versión que la contradiga.

III.-3) Responsabilidad civil de los demandados () y () (). Memoro a ese respecto que, si bien la parte actora atribuyó a los padres del conductor del vehículo, () () (fallecido), una conducción "*negligente, imprudente, imperita y culposa*" e hicieron especial hincapié en que aquel se encontraba alcoholizado al momento de ocurrir el siniestro vial; la parte demandada, por su parte, se defendió y alegó que en realidad todos habían consumido alcohol, que sabían del estado en que se encontraba el conductor y que, no obstante, asumieron el riesgo al emprender el viaje de regreso en esas condiciones.

Aprecio, por tanto, y bajo tales premisas que corresponde examinar si, tal como señalan los demandados, se configuró (o no) un supuesto de transporte benévolo de características particulares y si puede considerarse que existió una asunción de riesgos de la víctima por subirse a la camioneta, cuyo conductor presentaba evidentes signos de ebriedad.

Postura de la que, recuerdo, también participa la codemandada y tercera citada, La Segunda; a lo que añadió que en el caso hubo culpa de la víctima por no llevar colocado el cinturón de seguridad, viajar en una camioneta con un mayor número de personas que el permitido y que todos estaban ebrios.

Paso, en consecuencia, a analizar tales presupuestos defensivos; a saber:

III.-3) a. Transporte benévolo. Aclaro primeramente que no desconozco la existencia de una corriente doctrinaria y jurisprudencial conforme la cual se atenúa la responsabilidad del transportador benévolo sobre la base de considerar que el pasajero asume el riesgo que importa un viaje por cuanto, según esgrimen sus partidarios, cuando la víctima ha aceptado libremente la utilización de una cosa peligrosa, ello actúa como eximente de responsabilidad toda vez que voluntariamente asumió ese riesgo, de tal suerte que el sistema de responsabilidad objetiva no

puede hacer pesar injustamente sobre el propietario de la cosa las consecuencias dañosas que la propia víctima ha querido enfrentar.

Explica en esa línea Beatriz AREAN (*"Juicio por accidente de tránsito"*, 1ª ed. Bs. As. Hammurabi, 2006, *"La asunción de los riesgos por la víctima"*, p. 354 y ss.) que *"...LLambías sostiene que la víctima de un accidente sucedido en el curso de un transporte benévolo no es ajeno al riesgo inherente a ese hecho, con respecto al daño que hubiese sufrido, puesto que fue su solicitud o su aceptación de ese transporte el acto creador del riesgo del que resultó víctima. Sin embargo, aclara que es inadmisibles la teoría de aceptación de riesgo como factor excluyente de la pretensión resarcitoria y que al denegar al transportado el derecho al resarcimiento del daño causado por el riesgo de la cosa, ello no se debe a haber asumido un riesgo que otro ha creado, pues lo que hay es participación con otro en la creación del riesgo"*.

KEMELMAJER de CARLUCCI, por su parte, *"Señala que para que la aceptación del riesgo sea una causal de supresión o disminución de la responsabilidad dicha aceptación deberá constituir, de conformidad con las circunstancias, una culpa, es decir que tendrá influencia cuando el riesgo asumido sea anormal o extraordinario. Asimismo, destaca que la asunción del riesgo "no es una causal autónoma de eximición de la responsabilidad, por cuanto a veces excluye la antijuricidad, pero en otras, importa lisa y llanamente, culpa de la víctima por constituir un riesgo extraordinario y anormal; por ejemplo, ascender a un automóvil conducido por un ebrio"* (citado por Beatriz A. Areán, ob cit.).

A mi modo de ver, sin embargo, y en eso sigo a autorizada doctrina (vgr. Mosset Iturraspe, Areán, Pizarro, entre tantos otros) como a jurisprudencia de la Corte Suprema, conforme la cual la aplicación de esta teoría en la órbita del *"...transporte benévolo resulta absolutamente objetable, por cuanto la admisión de los riesgos por el pasajero equivaldría a la admisión de cláusulas tácitas de irresponsabilidad, las que pueden resultar válidas en el ámbito contractual, pero que contrarían el orden público en materia de responsabilidad derivada de actos ilícitos, ya que a nadie le está permitido exonerarse por anticipado de las consecuencias de sus faltas probadas o presumidas. (...) En todo caso, asumirá los riesgos propios de la circulación normal. "El hecho del viajero a título gratuito de participar en el uso de la cosa que de antemano sabe peligrosa, importa adhesión a los riesgos inherentes a la misma, pero los riesgos normales, solamente a los que son propios de la circulación de automotores y no a los que puede derivar de la conducta culposa del conductor. ..."* (ob cit, p. 356)

Sostiene también AREAN que a partir del precedente *"Tomassetti de Bonicelli"*, la Corte fijó una clara posición: *"El mero aprovechamiento por parte de la víctima de un transporte benévolo, no puede en modo alguno asimilarse a una "culpa" a los efectos de constituir causa o concausa adecuada en la producción del daño. La aceptación de los riesgos normales del viaje no es causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad por aplicación de los principios que emanan de los artículos 1109 y 111 del Cód Civil. El riesgo que asume el transportado benévolamente no alcanza al de perder la integridad física o la vida, a menos que, debido a las particulares circunstancias del hecho del caso concreto, esa consecuencia hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría entonces una asimilación a la culpa. La supuesta participación en la creación del riesgo del transportado no implica, salvo circunstancias excepcionales, la culpa de la víctima, ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita concluir la atribución objetiva de responsabilidad que el ordenamiento impone al dueño o guardián"* (CSJN, 7/7/1992; *"Tomassetti de Bonicelli; María y otra c/ Ferrocarriles Argentinos"*; Fallos, 315-1570; JA, 1996-II, síntesis).

Recuerda, sin embargo (ob. cit. p. 361) que si bien ello fue luego reiterado en otros fallos (Melnik de Quintana, 23/10/2001), y pese a la fuerza moral de su doctrina respecto a las instancias inferiores, lo cierto es que la jurisprudencia adhiere a la posición contraria.

Entiendo, no obstante, que a partir de la entrada en vigencia del CCyC tal distinción ha sido superada y que resulta claro que el que acepta viajar gratuitamente o por cortesía *asume solo y exclusivamente los riesgos propios de la circulación normal*, salvo situaciones que, como prevé el

art. 1719, es admisible considerar que por las circunstancias del caso permitan concluir que existió una exposición voluntaria a una situación de peligro con la consecuente fractura (total o parcial) del nexo de causalidad adecuado.

III.-3) b. Ebriedad - omisión de colocarse el cinturón de seguridad. Constaté, luego de cotejar el legajo penal, que de acuerdo a lo informado por Carlos M. Requena (oficial inspector bioquímico, de la Policía de La Pampa), tanto el conductor del vehículo siniestrado, () (), como su acompañante también fallecido, () () (), tenían restos de alcohol en sangre (2,38 g/l y 2,56 g/l respectivamente), además de revelar rastros de cocaína en este último.

Observo, además, que la pick up en la que se conducían era de cabina simple (tal lo testimoniado por Aymu -a la 2da.- a h. 154 y surgir de las fotografías n° 26, 28, 29 y 31, obrantes a h. 30/33) lo que deja en evidencia que superaban el número de personas legalmente permitido para ese tipo de vehículos (cfe. art. 40 inc. g ley 24449) y que, por ende, no contaban con el número de cinturones de seguridad necesarios.

Deduzco por ello que al ser despedidos del habitáculo los cuatro ocupantes en el vuelco, es indudable que ninguno de ellos (incluida la víctima) lo tenía puesto.

Me pregunto entonces y a esta altura del relato si ¿alcanzan dichos comprobados extremos para configurar la exención de responsabilidad propuesta en su defensa por la parte demandada y, en consecuencia, hacer extensivo ese pronunciamiento a la aseguradora? o, por el contrario, solo permite eximir a esta última de acuerdo a lo planteado como defensa principal (exclusión de cobertura por estado de ebriedad del conductor).

No me caben dudas que el elevado porcentaje de rastros de alcohol en sangre que fueron hallados en el cadáver de Maximiliano () (2,38g/l) coadyuvó en el acaecimiento del siniestro; pues, sabido es que conducir en estas condiciones puede disminuir los reflejos, alterar la percepción de las distancias, aumentar la sensibilidad a la luz, reducir el campo visual y afectar la coordinación, entre otros efectos.

Compruebo, por otra parte, que en tales condiciones () () no debía conducir; pues, de acuerdo a la LNT n° 24449 (art. 48 inc. a): "*queda prohibido... conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro de sangre*".

Infiero, por tanto, que de acuerdo a las circunstancias en que se produjo el vuelco (relatadas por Aymu que fue también protagonista del hecho y que coinciden con el croquis del accidente elaborado por la policía en sede penal), el estado de ebriedad del conductor le impidió realizar una maniobra que no derivara en la pérdida del control de su vehículo; a lo que no sería ajena, incluso, el exceso de pasajeros (4) en el habitáculo de la cabina.

Entiendo, en definitiva, que a tenor de dicha plataforma fáctica está fuera de discusión la existencia de daño y el nexo de causalidad entre el hecho (vuelco) y el resultado (muerte) motivo de acción; resta por tanto evaluar si se ha producido una ruptura, al menos parcial, del nexo de causalidad adecuado por el hecho del damnificado (asumir el riesgo de viajar con un conductor alcoholizado y con un número superior de pasajeros que obstaba colocarse los correspondientes cinturones de seguridad) o de un tercero (encandilamiento) por el que no se deba responder.

Desestimo desde ya que el aludido encandilamiento por parte de un vehículo que circulaba en sentido contrario, a que refiere Aymu, resulte una contingencia extraordinaria del tránsito que permita excepcionar de responsabilidad objetiva; y, en consecuencia, de la culpa de un tercero.

Acudo, por lo demás (hecho del damnificado), a la opinión de Sebastián PICASSO en cuanto sostiene que el CCyC, en art. 1719 establece con toda claridad que "*...la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad. Esta norma impide, entonces, que la supuesta asunción o aceptación de riesgos por la víctima sea aducida para excusar la responsabilidad del dañador -o de los responsables indirectos-, o bien para excluir la aplicación de un factor de atribución objetivo expresamente establecido por la ley (casos ya*

señalados del transporte benévolo, la responsabilidad del explotador de ciertos deportes que implican peligros, etc.)".

Agrega, a continuación, que *"La única excepción que contempla el artículo...se refiere a aquellos supuestos en los cuales la supuesta "aceptación de riesgos" pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. En este caso, la exoneración no se producirá a nivel de la antijuridicidad (porque la aceptación de riesgos no es una causa de justificación), sino de la relación causal, y resultará aplicable el artículo 1729. Aquí no se trata ya de la mera exposición voluntaria a una situación de peligro, de lo que se ha denominado un "riesgo genérico y abstracto" (como aceptar ser transportado en un automóvil, o incluso en una motocicleta), sino de la exposición imprudente a un peligro concreto, que tiene aptitud para erigirse en causa o concausa adecuada del perjuicio (v.gr. aceptar ser transportado por quien conduce manifiestamente en estado de ebriedad, o en la caja descubierta de una camioneta)"* (Sebastián Picasso, en *"Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado"* Ricardo L. Lorenzetti, director, 1° ed. Santa Fe, Rubinzal - Culzoni. Editores, 2015; T. VIII, art. 1719, p. 379).

Derivo de ello entonces que no obstante que es indudable la responsabilidad del conductor por manejar en condiciones que no lo habilitaban objetivamente a hacerlo, el hecho que Diaz también estuviera ebrio (incluso hasta con restos de cocaína) si bien no es una causal autónoma de eximición, pues la prohibición legal no está direccionada al acompañante, se erige sí, como sostiene la doctrina especializada, en una **exposición imprudente a un peligro concreto**.

Explica a ese respecto GALDÓS que, *"conocer la potencialidad dañosa y genérica de una actividad y, aún así, desarrollarla no implica aceptar pasivamente la eventual producción de daños. Sólo cuando la conducta de la víctima tiene una incidencia activa en la producción del perjuicio podrá analizarse la eventual interrupción (total o parcial) de la relación de causalidad y, en ese caso, la correspondiente liberación de responsabilidad",* pero en ese caso *"...no hay un sometimiento o aceptación de un riesgo de origen ajeno, sino la creación indebida de un peligro para la víctima"*.

Considero que en el caso esa *exposición al peligro* deviene no solo de que Maximiliano () manejara ebrio, sino que lo hiciera en un habitáculo que tenía dos butacas, tal como claramente se observa de las fotografías N° 31, 37 y 39 (h. 33, 36 y 37), de allí que al transportarse cuatro personas, a la par que superó el máximo legal permitido, es claro que dicha situación no habilitaba la colocación del correspondiente cinturón de seguridad; menos aún realizar las correspondientes maniobras para evitar el vuelco.

Califico entonces, ante esas comprobadas circunstancias, que en el caso se configuró *"un hecho del damnificado"* en los términos que señala el art. 1719 (1er. pfo. final) del CCyC, por exponerse a un peligro concreto o aceptar un riesgo extraordinario (cfe. Kemelmaher de Carlucci)

Esta es, reitero, la opinión de autorizada doctrina. Así GALDÓS señala: *"En otros casos, al peligro ordinario la víctima añade o acepta un peligro anormal o extraordinario. En estos casos, la exposición imprudente a un peligro concreto y anormal puede constituir una causa o una concausa adecuada del daño y por lo tanto liberar, total o parcialmente, al responsable. Así viajar en un automotor -cosa riesgosa por excelencia- no configura una aceptación de riesgos que exima de responsabilidad al conductor, al dueño o al guardián, siempre que se trate de aceptar el riesgo normal de cualquier viaje en automotor. Ello no es así cuando el transportado acepta un riesgo extraordinario -por ejemplo, ser transportado por quien manifiestamente se encuentra en estado de ebriedad- o él mismo introduce un riesgo anormal -como bajar de un vehículo en movimiento"* (Galdós, Jorge M. La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780, CCCN, Tomo II, 2021, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pág 595/596) (énfasis propio).

Determino, en consecuencia, a tenor de lo que surge acreditado del legajo penal que tengo a la vista, que existió un efectivo *conocimiento de la peligrosidad que significaba emprender un viaje en esas circunstancias* y que, no obstante, lo asumió.

Colijo entonces que tal exposición voluntaria se erige, en las circunstancias fácticas relatadas, en una *concausa* del daño sufrido, toda vez que la conducta desplegada por Diaz no fue ajena ni puede desvincularse de ese resultado y me conduce, a su vez, a atribuir mayor porcentaje de responsabilidad al conductor del vehículo, () () (70%), mientras que al también fallecido () Diaz (hijo y hermano de los aquí actores), un 30%.

IV.- Procedencia de los rubros y montos reclamados

Reclamaron *Daño moral* (\$1.200.000) y *Lucro cesante* (\$1.201.522,14) ambos actores, aunque por montos disímiles.

Explicaron que a la fecha del accidente vivían junto a () () () en la misma casa, que este no solo era el sostén económico de la familia, sino que "*ocupaba un papel muy importante y primordial en el grupo familiar*", por lo que su fallecimiento provocó "*una desestabilización en toda la dinámica familiar y un impacto muy grande en el psiquismo de su madre*" (h. 35vta.).

Relataron, además, que María del Carmen () nació el 25/10/1960, tenía estudios secundarios incompletos y que aportaba ingresos esporádicos al hogar provenientes de changas que realizaba en la Municipalidad de E. Castex, mientras que Miguel Ángel (), era medio hermano, nació el 21/4/1980, poseía estudios primarios y aportaba el 20% de la pensión que posee por discapacidad.

Agregaron que respecto de María del Carmen () "*se ha invertido el orden natural de la vida, pues la lógica indica que son los hijos los que viven la pérdida de sus padres, por lo que es de esperar que el dolor sea mayor, pues un padre nunca está preparado para la pérdida de un hijo*"; y, en cuanto a Miguel Ángel (), que debió comenzar a realizar changas para tener otro ingreso ya que antes contaba con la ayuda económica de su medio hermano que aportaba el 70% de sus ingresos al hogar.

Adujeron que como consecuencia de la trágica muerte de () "*sufrieron estados de angustia, ansiedad, sensación de trauma sin unidad interna, retrainimiento, sensación de futuro incierto, frustración, conflictos de adaptación, desesperación, trabas, inestabilidad emocional, depresión, negación, un dolor insuperable, permaneciendo distantes, apagados, fácilmente irritables...*".

IV.-a) Daño moral

IV.-a) 1 Legitimación activa. El CCyC regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales en el artículo 1741: "*Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*"

No albergo dudas entonces que María del Carmen (), en su carácter de progenitora, tiene legitimación para demandar por las consecuencias extrapatrimoniales del hecho dañoso ya que el vínculo que la unía con la víctima del siniestro vial (madre-hijo) fue acreditado con el acta de nacimiento y de defunción obrantes a h. 14 y 16, respectivamente.

Observo, además, que respecto de Miguel Ángel (), quedó acreditado que era medio hermano de () (acta de nacimiento de h. 18) y que las testigos Angela Daiana Quiroga Spagnuolo y Nélida Andrea Quiroga Spagnuolo dieron cuenta de su convivencia al momento del siniestro.

Aprecio, asimismo, que la codemandada y tercera citada no negó la procedencia respecto de su madre y, en cuanto al hermano, solo requirió "*una evaluación de las circunstancias que ameriten el reconocimiento de esta reparación...*" (h. 80 vta.), a tenor de lo estatuido por el art. 1741 del CCyC.

Tengo en cuenta a ese fin que de los DNI de los actores (cuyas copias certificadas por escribano fueron acompañadas a h. 24/25) figura el mismo domicilio y fueron emitidos antes del siniestro, lo que me autoriza deducir que los tres (madre e hijos) compartían el mismo domicilio al momento del fallecimiento de () A. () y que, por tanto, ambos demandantes poseen legitimación activa.

IV.-a) 2 Prueba del daño. Prescribe a su vez el citado art. 1744 CCyC que corresponde su acreditación a quien lo invoca, *"excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos"*; tal como acontece respecto de su madre, María del Carmen ().

Estimo, además, que sin perjuicio que en tal situación no hay divergencia a nivel doctrina ni jurisprudencia que es *in re ipsa*, en el caso se encuentra también efectivamente comprobado con el informe pericial realizado por la psicóloga Corro Molas.

Expuso, en efecto, la citada licenciada: *"...la trágica muerte de su hijo () ha generado y genera en la actualidad perturbaciones en su psiquismo", que "presenta un alto monto de angustia ... evidencia dificultades en elaboración del duelo, restricción de su vida social y afectiva, alteraciones en el ciclo sueño-vigilia ... irritabilidad, impulsividad, ideas de ruina y minusvalía y sensación de desapego frente a los demás, desgano..."* (h. 418)

En cuanto a Miguel Ángel (), las testigos Nélide Andrea Quiroga Spagnolo, Ana María Spagnolo y Estela María Martín han sido contestes al afirmar que su estado de ánimo, luego del fallecimiento de su hermano, era de "tristeza".

Considero, por lo demás, que en situaciones como la aquí examinada el daño no patrimonial se encuentra suficientemente acreditado, pues las circunstancias trágicas en que acaeció el temprano deceso del hijo y hermano permite considerar que se produjo una lesión a los sentimientos afectivos y, por tanto, la procedencia del rubro por haberse configurado la situación prevista en la norma aplicable; máxime cuando no se invocó ni se produjeron pruebas en contrario.

IV.-a) 3 Cuantificación. Especifica el CCyC (art. 1741. último párrafo): *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*.

Este criterio ya había sido establecido con anterioridad por la CSJN al señalar: *"(...) [A]un cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida"* (CS, 12/04/2011, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, h. 261.)

En dicha línea de razonamiento sostuvo Matilde ZAVALA de GONZÁLEZ que *"El dinero no compensará 'bien' o, inclusive, no compensará 'casi nada', pero este 'casi' basta para no dejar un daño injusto sin 'alguna' forma de reparación, la única de la que se dispone dentro de las limitaciones humanas."* ("Resarcimiento de daños – Daños a las personas - Pérdida de la vida humana, Tº 2b, pág. 280).

Quedó superado de esa manera el criterio conforme al cual a través de este rubro se indemnizaba "el precio del dolor" para pasar a significar un resarcimiento mediante el cual se procura mitigar, a través de una suma en dinero, la tristeza, la desazón, las penurias con bienes que proporcionen cierto gozo o alivio y que, por cierto, resulta más asequible a la hora de tasarlo económicamente.

Aprecio entonces que ante la circunstancia comprobada de una pérdida trágica y repentina de un hijo y hermano joven y sano, como así también lo informado por la perito psicóloga respecto del daño cierto advertido en la progenitora y de acuerdo a las facultades conferidas por el art. 157 del CPCC, resulta procedente hacer lugar a la suma demandada; esto es, \$ 850.000 a favor de María del Carmen () y \$350.000 para Miguel Ángel (), importes que llevarán interés a tasa activa del Banco de La Pampa desde la fecha del siniestro hasta el efectivo pago; y de acuerdo al porcentaje que resulta responsable el conductor del vehículo (70%).

IV.-b) Lucro cesante

IV.-b) 1 Los accionantes reclamaron el 70% de los ingresos que percibía () () (), quien realizaba changas como peón rural y cazaba liebres y que, según señalaron, destinaba a los gastos del hogar donde convivía con su madre y su hermano.

Solicitaron, a los fines de su cuantificación, tomar como base el SMVM (salario mínimo vital y móvil) vigente a la fecha del hecho (\$7.560) y estimaron en forma separada la cuantía respecto de cada uno de los actores conforme a los datos que señalan (h. 36 vta./37 vta.).

Explicaron que *"La señora María del Carmen () nacida el día 25/10/1960, al momento del hecho contaba con 56 años de edad y se dedicaba a las tareas del hogar ... y realizaba alguna changa en la Municipalidad de la Localidad de Eduardo Castex cuando la convocaban al efecto. La ayuda que el difunto () le proporcionaba a su madre se hubiera prolongado hasta los 80 años de su madre tomando en cuenta para ello que la Organización Mundial de la Salud estableció durante el año 2016 una probabilidad de vida para las mujeres de 80 años"* (h. 37) .

Señalaron, en cuanto a su medio hermano discapacitado (por haber sido intervenido quirúrgicamente y habérsele extirpado los testículos), Miguel Ángel (), que la ayuda que () le proporcionaba se habría prolongado hasta los 74 años de edad considerando la expectativa de vida que la OMS estableció para los hombres en el año 2016.

Estimaron la cuantía de este rubro aplicando la fórmula de cálculo actuarial con tasa de interés del 4% anual en la suma de \$525.945,42 para María del Carmen () y \$ 675.576,72 para Miguel Ángel ().

Al contestar demanda () y () criticaron que a cada uno de los actores les correspondiera un monto por lucro cesante, como así también negaron que () aportara el 70% para los gastos de la vivienda.

La compañía de seguros La segunda, por su parte, adujo en primer lugar que carecían de legitimación para reclamar dicho rubro conforme a lo dispuesto por el art. 1745 CCyC.

Cuestionó, luego, los parámetros utilizados para establecer el importe pretendido (tanto el porcentaje de contribución como el índice de actualización y el cálculo similar al empleado en el fallo Méndez) y planteó, en subsidio, que el rubro solo podía prosperar a modo de *pérdida de chance* de ayuda futura de la señora () (art. 1145 inciso c) CCyC).

IV.-b) 2 Planteado en tales términos el reclamo es cierto que, tal como señala la codemandada y tercera citada, La Segunda, tanto María del Carmen () como Miguel Ángel () no se encuentran legitimados para titularizar ese reclamo en los términos del art. 1745 inc. b) del CCyC.

Advierto así que, efectivamente, el citado precepto al regular la indemnización por fallecimiento contempla: *"lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintidós años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto..."*; de lo que resulta que los accionantes (progenitora y hermano de la víctima) no son *legitimados activos presuntos*, sino que, a lo

sumo, podrían revestir el carácter de *legitimados eventuales* y, por ende, deben acreditar efectivamente el perjuicio.

Observo, sin embargo, que la única prueba producida respecto a que () () () era el sostén económico del hogar es la testimonial de Angela Daiana Quiroga Spagnuolo (h. 126), Nélida Andrea Quiroga Spagnuolo (h. 128), Ana María Spagnuolo (h. 131) y Estela María Martín (h.134); mas se trata de declaraciones sustentadas en lo relatado por la madre, aquí actora, o deducciones a las que llegan los testigos, pero sin contar con bases objetivas concretas.

Recuerdo que tal como sostiene GALDÓS, es aquí donde "*la pauta de valoración de la prueba y conforme las reglas de la sana crítica debe hacerse apreciado en conjunto los distintos medios probatorios, no mediante una consideración aislada (por ejemplo de los dichos de algunos testigos) sino integrándolos y armonizándolos con las restantes constancias de la causa (otros testimonios y la prueba pericial)*" (ob cit, pág. 517/518).

Admito que en los casos en que no se conocen ingresos ciertos de la víctima se acude como parámetro al SMVM, tal como pretenden los accionantes en su demanda, mas ello no obsta que igualmente se requiera la acreditación de haber realizado actividades lucrativas.

Sucede que en el supuesto bajo análisis tanto actores como testigos coinciden en señalar que () no tenía un trabajo estable ni contaba con un recibo de sueldo, sino que sus ingresos provenían de "*changas como peón rural y la caza de liebres en la temporada habilitada por la Provincia a tal efecto*" (h. 36 vta.), pero incluso ello no fue acreditado fehacientemente, vgr. a través de prueba informativa al Organismo público pertinente o, al menos, con el testimonio de algún eventual compañero de trabajo que brinde pautas concretas de lo percibido por tales tareas.

De ello resulta entonces que era necesario dotar de contenido probatorio al reclamo; máxime cuando, por otro lado, encuentro probado que los actores sí contaban, y cuentan, con un ingreso fijo; en el caso de la progenitora proveniente del trabajo para la Municipalidad de Eduardo Castex, según surge de su declaración de parte; y en el del hermano, Miguel A. (), de una pensión por invalidez desde noviembre de 2015 (cfe. lo informa Anses a h. 328/341), sin perjuicio de contar también este último con algún otro ingreso extra proveniente del reparto de gaseosas (cfe. respuestas a las preguntas 10 y 11 de las declaraciones testimoniales obrantes a h. 125/135).

Valoro, en suma, que las pruebas producidas resultan insuficientes para acreditar que la víctima hubiera destinado el 70 % de ese ingreso mínimo (SMVM) a los gastos del hogar y, por ende, que los actores revistieran el carácter de *legitimados eventuales* en los términos que al efecto señala el art. 1738 del CCyC ("*beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención*").

Me expido, en consecuencia, por desestimar el rubro.

IV.-c) Incapacidad sobreviniente – lucro cesante por secuelas psicológicas

IV.-c) 1 María del Carmen () reclamó este rubro con fundamento en que al momento del hecho era ama de casa y realizaba changas en la Municipalidad de Eduardo Castex, pero que como consecuencia de la incapacidad psíquica que presenta (que estima en el 18% de la total obrera) ha dejado de realizar parte de los trabajos que hacía en el hogar antes de aquella fecha (limpieza y aseo de la casa, compras de insumos, preparación de los alimentos, lavado y planchado, etc.).

Explica en su demanda que la realización de estas tareas se presume y que tienen un valor económico el cual estiman en la suma de \$ 7030,50 mensual (8 horas de trabajo doméstico, más un adicional por sábados y domingo conforme escalas salariales del Ministerio de Trabajo de la Nación).

Pide por este rubro la suma de \$ 231.488,50 que surge de aplicar la fórmula Méndez a los parámetros arriba descriptos con más sus intereses desde el hecho dañoso hasta la fecha de su efectivo pago.

La parte demandada, al contestar demanda, manifestó que la incapacidad sobreviniente reclamada no tenía asidero jurídico alguno; mientras que la aseguradora, La Segunda, dijo en su respuesta que "*la alegada discapacidad psicológica y su diferenciación del daño moral, deberá ser objeto de contundente prueba*"; se opuso a la aplicación de la fórmula Méndez por tomar un límite de edad en 75 años, cuando corresponderían 70, primordialmente que "*el lapso a considerar debería ser sustancialmente menor, y limitarse al tiempo necesario para superar la presunta afección psicológica*" (h. 81 vta.).

Solicitó, además, y en el alegato, la desestimación de la indemnización pretendida en concepto de incapacidad por secuelas psicológicas dado el carácter de "*damnificada indirecta por el fallecimiento de () DIAZ, y la limitación emanada del art. 1745 del Código Civil y Comercial referido a daño patrimonial (cuya constitucionalidad no ha sido objetada)*".

Requirió, asimismo, y en subsidio, una cautelosa estimación; esto es, dijo: "*solo podrá reconocerse el costo del tratamiento psicológico; mientras que -en todo caso- habrá de evaluarse la incidencia de la afección psicológica en el marco del resarcimiento del daño moral*"

IV.-c) 2 Considero menester aclarar primeramente que la *incapacidad sobreviniente* es la que se verifica luego de finalizada la etapa inmediata de curación y convalecencia en los casos en que no se ha logrado el restablecimiento **de la víctima**; mientras que la inhabilidad hasta el alta es encuadrada por la jurisprudencia como *lucro cesante* respecto de las ganancias frustradas durante ese período (cfe. Matilde Zabala de González. "Resarcimiento de daños. 2ª. Daños a las personas [integridad sicológica]. 2ª edición. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1991).

Jorge GALDÓS, por su parte, explica que "*la incapacidad permanente, total o parcial, física o psíquica*" consiste en "*la alteración, minoración, detrimento o supresión de la aptitud intrínseca de la persona humana, que produce consecuencias negativas en los ámbitos patrimonial y moral*" y que abarca: "*1) la capacidad laborativa o productiva, o sea, la pérdida de ingresos o la minoración de la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; constituye un daño que debe ser probado, en función de los ingresos o ganancias; 2) la capacidad vital o aptitud y potencialidad genérica, es decir, la que no es estrictamente laboral...; se trata de un daño presumido; 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto y que también es presumido*" ("*La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial*", arts. 1708 a 1780, CCCN, Tomo II, 2021, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pág 578).

Estimo por ello que la pretensión efectuada en los términos arriba reseñados ("*incapacidad sobreviniente o lucro cesante por secuelas psicológicas*"), no resulta admisible. La aquí reclamante no fue "*víctima*" ni *damnificada directa*, tal como lo señala la aseguradora, sino que sería una *damnificada indirecta*, pero carente de legitimación presumida y sin lograr acreditar, como antes señalé, su carácter de *legitimada eventual*.

Aclaro que tal decisión no significa en modo alguno que el trabajo en el hogar no pueda estimarse económicamente o no merezca ser reconocido, sino simplemente que la actora no probó, ni siquiera invocó, que realizara tareas domésticas remuneradas antes del fallecimiento de su hijo y que, a resultas de ello, hubiera dejado de hacerlo y/o que hubiera dejado de prestar las tareas que venía desempeñando en las escuelas y/o en la Municipalidad de Eduardo Castex; tampoco que hubiera tenido que contratar una persona para que las hiciera en su hogar por encontrarse temporalmente impedida.

Tengo por acreditado sí que, según informó la licenciada en psicología, María de los Ángeles Corro Molas (h. 417/420), la actora padecía de un cuadro psicopatológico de "*Trastorno de Estrés Postraumático*" de carácter crónico; y, al responder "*cómo afecta el estado psicológico actual de la Sra. María del Carmen () en las tareas diarias que realiza en su trabajo como ama de casa*", dijo que "*el hecho traumático acontecido ha generado una modificación de la realidad cotidiana de María del Carmen, siente que ya nada será igual... y llevar adelante las tareas del hogar es algo que le resulta muy costoso y para lo cual debe esforzarse...*".

Agregó que "el grado de incapacidad que presenta la Sra. () es del 45% según la Tabla de Incapacidad Psicofísica Integral de Mcbride (Modificación de Castex y Silva). La misma se fundamenta en la disminución/pérdida de la capacidad global de goce, la inseguridad psicofísica y social y la limitación global psico-física por elevación del nivel de angustia, astenia y debilitación psicofísica".

Valoro, además, que dicha aserción fue específicamente impugnada por La Segunda por desconocer la perito, según dijo en su alegato: "...la Tabla de Incapacidad Psicofísica Integral de Mc Bride (modificación de Castex Silva) que ella misma aplica".

Añadió que, precisamente, dichos profesionales (Mariano Castex y Daniel Silva) aclararon que "Esta tabla debe ser aplicada por **un especialista en Medicina Legal** únicamente o, en su defecto, por un médico idóneo en materia de evaluación por daño psicofísico, ya que incluye dos dimensiones ajenas a la Psicología Forense, esto es, el daño físico y el daño estético (BAREMO PARA VALORAR INCAPACIDADES NEUROPSIQUIATRICAS). A partir de ello, es evidente que la Lic. Corro Molas (inscripta en el listado de peritos como psicóloga), no cuenta con la especialidad en 'Medicina Legal' necesaria para aplicar el baremo que aquélla cita".

Alegaron también que, "Por otra parte, los autores mencionados, en la escala de Patologías Psiquiátricas (nótese que no se trata de patologías 'psicológicas' que entrarían dentro de la incumbencia de la perito), le asignan al Desarrollo Psíquico no Traumático un 0 a 10% de incapacidad en caso de ser moderado, y del 11 al 20% de incapacidad de tratarse de un supuesto moderado. Lejos está del 45% dictaminado por la perito; por lo que se evidencia que dicho porcentaje resulta totalmente excesivo".

Coincido con la línea argumental desarrollada por la impugnante; en tanto advierto que más allá de lo informado por la perito sobre el grado de incapacidad (45%), lo concreto es que también señaló que "la incapacidad que presenta María del Carmen es de tipo transitoria..."; y por ello recomendó que realice tratamiento psicoterapéutico; previo aclarar que "si bien la recuperación dependerá del tratamiento que realice... con un tratamiento adecuado durante un lapso de 2 años, es posible que la señora pueda desarrollar recursos psicológicos que permitan un mejor afrontamiento y reduzcan la sintomatología, es decir, su malestar subjetivo".

Extraigo de ello una primera conclusión: el porcentaje determinado no es permanente; ergo, no puede considerarse, conforme lo señalé al comienzo, como una incapacidad sobreviniente; mas tampoco configura un lucro cesante, puesto que de acuerdo a lo planteado en la demanda y lo probado en la causa, no hay una ganancia que haya dejado de percibir; de hecho, según dan cuenta algunos de los testigos y la propia actora en su declaración de parte, en ningún momento dejó de prestar tareas remuneradas fuera del hogar.

Colijo, en definitiva, y más allá de las consideraciones antes vertidas a modo de explicación, lo real es que el rubro, tal como fue planteado, no resulta admisible y en ese sentido me expido.

IV.-d) Gasto futuro por tratamiento psicológico

Los accionantes reclamaron por este concepto, como daño emergente, el costo que María del Carmen () deberá afrontar por tratamiento psicológico, por el "menoscabo en su salud psíquica, que reviste connotaciones de índole patológica que inciden en todos los aspectos de su vida, la de relación familiar, la laboral" (h.37 vta. final).

La perito psicóloga, por su parte informó (h. 417/420) que la actora debía hacer "tratamiento psicoterapéutico ..."; con una "duración mínima de dos años, con frecuencia de dos veces por semana durante los primeros seis meses" (ptos. 5 y 6, h. 419); que "la incapacidad que presenta María del Carmen es de tipo transitoria..." y que "si bien la recuperación dependerá del tratamiento que realice... con un tratamiento adecuado durante un lapso de 2 años, es posible que la señora pueda desarrollar recursos psicológicos que permitan un mejor afrontamiento y reduzcan la sintomatología, es decir, su malestar subjetivo".

Deviene claro entonces que su procedencia está acreditada suficientemente y que, incluso, fue así admitido en subsidio por la aseguradora en su alegato: "...solo podrá reconocerse el costo del tratamiento psicológico; ...".

Aclaro también que lo que se admite en este supuesto es un daño material para cuya cuantificación tomaré en consideración lo dicho por la perito respecto al costo del tratamiento (oscila entre \$900 y \$1200 el costo de la sesión) y el tiempo que demandará (duración mínima de dos años, dos veces por semana los primeros seis meses); en tanto tengo presente que la actora admitió no haberlo realizado por distintos motivos, entre ellos el económico.

Determino, en consecuencia, que de acuerdo a lo informado por la perito el valor promedio de la sesión era de \$1050 x 8 días al mes x 6 meses resulta igual a \$50.400; más 4 días al mes x 18 meses = \$75.600; lo que totaliza la suma de \$ 126.000 (pesos ciento veintiséis mil); monto que debe llevar intereses a tasa activa desde la fecha de realización del informe (4/10/2019) y hasta su efectivo pago.

V.- Exclusión de cobertura

V.-a) Declinó la demandada y citada en garantía, La Segunda, la cobertura por cuanto, si bien a la fecha del siniestro la pick up Chevrolet Dominio AUV – 072 contaba con seguro de responsabilidad civil instrumentado en póliza N° 45193873, refirió que la cláusula 2.1 de las Condiciones Generales de Póliza CG-RC expresamente contemplaba su exclusión en casos como el presente.

Transcribió dicha cláusula en cuanto establece: "*Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibitoria, alucinógena o somnifera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alvoholemia (u otro que corresponda) o cuando habiéndose practicado este, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente, a los fines de su comprobación queda establecido que la cantidad de alcohol en la sangre de una persona, desciende a razón de 0,11 gramos por mil por hora*"; y acompañó copia simple de la póliza (h. 67/72), del acuse de recibo de Carta Documento OCA dirigida a () (h. 73) y de la CD con sello del correo OCA de fecha 20/1/2017 (h. 74).

V.-b) En el acta de audiencia preliminar quedó fijado como un hecho controvertido y objeto de comprobación: **5) la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía a fs.77vta./79 punto IV**".

Constato, sin embargo, que si bien la aseguradora, como señala, comunicó mediante CD OCA de fecha 20/1/2017 (cfe. sello de imposición que resulta de la copia obrante a h. 74) a su asegurado el rechazo de la cobertura por haber tomado conocimiento del informe bioquímico (análisis de la muestra en sangre de () ()), del cual resulta que el conductor del vehículo asegurado que participó en el siniestro arrojó un resultado de 2.38g./l. de alcohol etílico en sangre, en virtud, precisamente, de lo establecido por la cláusula citada anteriormente (cláusula 2.1 de las Condiciones Generales de la Póliza CG – RC); lo real y concreto es que lo hizo fuera del plazo legal estipulado por el art. 56 de la LS, tal como adecuadamente lo expone en su alegato la parte actora.

Advierto asimismo y tras cotejar las presentes actuaciones que, desconocida la autenticidad y el contenido de dicha documental (misiva y acuse de recibo) por parte de los actores (h. 85), no fue ordenada la prueba supletoria a los fines de verificar su autenticidad, sino que se dispuso (con motivo de una incidencia suscitada entre las partes en el transcurso de la audiencia preliminar) oficiar a la empresa OCA a los fines que remitiera los ejemplares en poder de la empresa que se correspondían con la CD N° CCZ0026072 y acuse de recibo bajo el mismo número; mas resulta que al responder OCA señaló que obraba en poder del remitente (h. 392/393).

Digo entonces y a ese respecto que no es una cuestión desconocida que el "acuse de recibo" es enviado al remitente (es inmanente a su existencia); prueba de ello es que, efectivamente, La Segunda acompañó su copia (h. 73); lo que significa que contó en algún momento con el original; y

si bien es cierto que no resulta legible en qué fecha fue recepcionada y más allá del desconocimiento de la documental en copia agregada a la causa, lo concreto es que el asegurado, (), reconoció haber recibido una CD comunicando el rechazo del siniestro (conf. audiencia de declaración de parte).

Ahora bien, ¿significa dicha admisión que la aseguradora se hubiera expedido en legal tiempo? La respuesta negativa se impone.

Tengo en cuenta para así expedirme que de conformidad a lo establecido por el art. 56 de la ley de seguros (L.S.), la aseguradora tenía el deber de pronunciarse sobre el derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la denuncia o la información complementaria prevista en el art. 46 (segundo y tercer párrafo), pues la omisión de pronunciarse importa aceptación.

Destaco también que si bien en autos no hay un solo elemento que permita corroborar la fecha de denuncia del siniestro, no menos cierto es que ello no fue invocado por la aseguradora como defensa, ya sea al cursar la carta documento o al contestar demanda, como tampoco se alegó que hubiera requerido la *información complementaria* a que alude la norma.

Así lo expresó Isaac HALPERIN: "...si el asegurador considera que la denuncia es tardía, debe hacerlo saber al asegurado al acusar recibo; si no lo hace, reconoce haber tomado conocimiento en tiempo útil..."(Halperin-Morandi, "Seguros; exposición crítica de las leyes 17418 y 20091; 2ª ed. actual., Depalma, Buenos Aires, 1983, t I, p. 456)

Pongo de relieve que, precisamente, la aludida *información complementaria* es una carga del asegurador a fin averiguar la causa del siniestro y la magnitud de los daños. Debe ser *razonable, necesaria, ágil, conducente y pertinente*; como contrapartida, el asegurado debe permitirle hacer todas las indagaciones necesarias y facilitar las comprobaciones atinentes vinculadas a la denuncia.

Noto, bajo tales premisas, que del legajo penal que tengo a la vista la apoderada legal de La Segunda se presentó el 26/12/2016 y expresó: "*Que la pick up Chevrolet D20 Dominio () conducido por el Sr. () (), en ocasión del accidente ocurrido el día 29/10/2016 sobre la Ruta Nº 102, tenía un seguro contratado con su representada. Que, resultando necesario para la aseguradora contar con los antecedentes de la causa, viene a solicitar se le dé intervención en el presente legajo al sólo efecto de su compulsas y obtención de copias simples de las actuaciones*".

Colijo en definitiva, y ante tal plataforma fáctica, que el hecho que la profesional recibiera el 28/12/2016 fotocopias de la causa no significa que el plazo de 30 días se deba computar desde esa fecha; pues no solo no existe norma legal alguna que así lo disponga, sino que tampoco fue invocado.

Advierto, a su vez, que del legajo penal se desprende que el resultado del dosaje de alcohol en sangre efectuado por la "Sección Química Forense" data del 1/11/2016 y que fue elevado a la Fiscalía temática el 4/11/2016; lo siguiente fue la presentación de fecha 26/12/2016; de lo que resulta que la aseguradora dejó transcurrir más de 40 días para tomar conocimiento efectivo del estado de embriaguez del conductor del vehículo asegurado, y otros 23 días para remitir la misiva (20/1/2017) mediante la cual rechazó la cobertura del siniestro.

Insisto, no encuentro pruebas ni La Segunda ha invocado haber hecho uso de las facultades previstas por el art. 46, último párrafo de la L.S. en concordancia con el art. 56 de la L.S. cuando, sabido es, que la única causal que brinda la ley para que no corran los plazos es que hubiera requerido la información complementaria prevista en artículo 46, párrafo segundo y tercero de la ley de seguros.

Sostiene Gustavo MEILIJ, en postura que comparto, que "*...mediando relación asegurativa concreta respecto del bien cuyo siniestro se reporta, el incumplimiento del asegurador del deber de pronunciarse acerca del derecho del asegurado, siempre traerá como consecuencia la*

aceptación del siniestro denunciado" ("Contrato de seguro- Aceptación tácita de la cobertura". ED 187, p. 515/517).

En esa línea de razonamiento señala Waldo SOBRINO: "*PLAZO. El art. 56 de la ley de seguros establece un plazo de treinta días para que la compañía de seguros (o reaseguradora, en su caso) se expida sobre la procedencia del siniestro. Atento que se trata de un plazo perentorio, la misma establece una sola causal de prórroga, que debe analizarse en forma restrictiva. En efecto, la única causal que brinda la ley para que no corran los plazos es que la aseguradora le hubiera requerido la información complementaria prevista en el art. 46, párrs. 2º y 3º. ...*" ("*Una norma fundamental para la protección de los consumidores; el art. 56 de la Ley de Seguros*"; LL del 11/8/2009)

Determino entonces que en las circunstancias señaladas la ausencia de prueba fehaciente de haber actuado la aseguradora en forma diligente le es directamente imputable; pues, no me caben dudas que se encontraba en mejores condiciones de aportar la denuncia realizada y ofrecer la prueba necesaria que permitiera esclarecer la fecha en que se hizo y demostrar, en definitiva, que no había incurrido en la "aceptación tácita de la cobertura" a que alude el art. 56 de la LS.

Concluyo, por lo expuesto, que La Segunda se expidió por el rechazo de la cobertura fuera del plazo legal y perentorio a su cargo; por lo que frente a su "silencio", la consecuencia principal es que aceptó el siniestro; es decir, quedó reconocido *iure et de iure*.

En esa tesitura se expidió la Sala D de la CNCom. en el caso "*Colofot S.A. c/ Juncal Cía. de Seguros*": "*...no corresponde ingresar siquiera en la consideración de las razones invocadas por la entidad aseguradora para rechazar la responsabilidad si no desconoció su procedencia en el plazo legal, cuyo transcurso configura la aceptación*" (LL, 6/8/2009, p. 4; LL 2009-D-656; LL del 11/8/2009, p. 6, con nota de Waldo Sobrino).

También la Sala H de la CNCivil: "*...en los casos de caducidad del seguro como en los de delimitación objetiva del riesgo, el asegurador debe pronunciarse en un lapso determinado sobre los derechos del asegurador y la existencia de circunstancias que lo eximan de cumplir la prestación asumida (nulidad, caducidad o exclusión de cobertura). Si el asegurador recibe la denuncia sin formular reparo por no encontrarlo ajustado a derecho, o cuando el hecho está excluido de la cobertura, no puede invocar luego estas situaciones para eximir su responsabilidad por el siniestro*" (CNCivil Sala H in re "Rodríguez, Roger c/ Dardaña Daniel y otros". Expte. N° 25.532/2001 del 18/5/2009); (énfasis propio).

Y la Sala A: "*En definitiva de conformidad con lo dispuesto en los arts. 873 y ss del Código Civil la intención de renunciar no se presume y el silencio simple no podría acarrear la pérdida de un derecho en el supuesto de "silencio calificado" como el que consagra la norma del art. 56 de la ley 17418. Se constituye en verdadera manifestación de voluntad como reconocimiento de los derechos que se reclaman, se trata de la aplicación del principio general que dispone el art. 919 del Código Civil según el cual el silencio opuesto a actos debe ser considerado como conformidad cuando media obligación de pronunciarse por la ley*" (25/8/1993 L 129.065).

También nuestro STJ, Sala A (26/7/2021) en la causa: "*NOVARETTI, Ana María y otros c/VILLALO Ariel Darío y otros s/Daños y Perjuicios*", expte. n° 1944/20 (<http://www.juslapampa.gob.ar/jurisprudencia/Home/detalle/32883>) resolvió que, ante la denuncia de un siniestro, la aseguradora siempre debe pronunciarse acerca del derecho que le asiste al asegurado, dentro del plazo legal, aún cuando su negativa o rechazo se funde en causales de exclusión de las coberturas legales, como la culpa grave, respondiendo esta solución al deber de información que debe suministrarse al tomador del seguro, en su carácter de consumidor.

Aclaró asimismo el STJ que "*en aquellos casos donde no se requiera información complementaria, el plazo de treinta días otorgado para que la aseguradora se pronuncie, comienza a computarse a partir de la fecha que se recibió la denuncia del siniestro*"; aspecto este que, agrego, correspondía a la aseguradora.

Reitero, ni una ni otra defensa fue invocada; y como no lo hizo, debiendo hacerlo porque se encontraba en mejores condiciones, tengo para mi que *su silencio significó una renuncia tácita*; es decir, que la exclusión de cobertura comunicada más de dos meses y medio de acaecido el siniestro era claramente extemporánea.

Desestimo, por consiguiente y a tenor de las razones expresadas, doctrina y jurisprudencia citada, la declinación de cobertura opuesta por la codemandada y tercera citada.

VI.- Concluyo, en suma, que corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por María del Carmen y Miguel Ángel () () y Hugo Oscar Resh y La Segunda Compañía Limitada de Seguros Generales (citada en garantía por la demandada) en el porcentaje de responsabilidad atribuido (70%) y por los rubros declarados procedentes (daño moral, y gastos futuros por tratamiento psicológico) con más intereses a tasa activa del Banco de La Pampa, de conformidad a lo explicitado en los precedentes considerandos.

VII.- Costas

Entiendo que dado el modo como propongo resolver las costas de primera instancia corresponde distribuirlas de acuerdo al porcentaje de responsabilidad atribuido; es decir, en un 70% a los demandados y tercera citada en garantía y en un 30 % a la parte actora.

En cuanto a la regulación de honorarios de los abogados intervinientes deberá comprender el trabajo profesional efectuado al plantear apelación contra la sentencia de primera instancia, cuya regulación quedó implícitamente diferida para el momento del dictado de la sentencia definitiva (ver, pto. II-c), act. Sig 1648502).

Considero, asimismo y respecto de los honorarios de la perito psicóloga y más allá del desinterés manifestado por los demandados y tercera citada (h. 102) de conformidad a lo preceptuado por el art. 453, inc. 2 CPCC, lo cierto es que su tarea fue realizada y las partes pudieron impugnarla (h. 422 y 490, pto. I) y fundamentar sobre el particular en los alegatos, mas dada su utilidad y pertinencia a los fines de expedirnos sobre el rubro gastos futuros por tratamiento psicológico, a la par que nos ilustró adecuadamente sobre el daño moral reclamado por María del Carmen (), corresponde que sean los demandados vencidos quienes deban asumir íntegramente el costo de tal labor, la que se regulará en una suma dineraria a valores actuales.

La jueza Fabiana B. Berardi, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la colega preopinante, voto en igual sentido.

Por ello, la **SALA 1** de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad.

R E S U E L V E:

I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por María del Carmen () y Miguel Ángel () contra María Beatriz () y () y condenarlos a pagar dentro del plazo de veinte días de quedar firme la presente, la suma que resulte de la planilla a practicar en primera instancia de conformidad a las pautas establecidas en los considerandos.

II.- Hacer extensiva la precedente condena a la citada en garantía, La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales, en la medida del seguro y en los términos del art. 118 y ccs. de la ley 17418 (LS); de conformidad a las pautas establecidas en los considerandos.

III.- Imponer las costas de primera Instancia de acuerdo al porcentaje de responsabilidad atribuido a cada una de las partes (70% a los demandados y 30 % a la parte actora) y regular, en consecuencia, los honorarios profesionales de Ariel García (abogado apoderado de la parte actora) en un 25 %; Marcelo Steinbauer (abogado patrocinante de la parte demandada Gout(-)) 16 % y Raúl Lordi y Cecilia Ozino

Caligaris (abogados apoderados de la codemandada y tercera citada, La Segunda) en forma conjunta en el 20 %; con más la alícuota de IVA, en caso de así corresponder; porcentajes estos que serán calculados sobre el monto por el cual prospera la demanda (capital de condena con más intereses a tasa activa desde que cada suma es exigible) (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 14, 19, 37 y 38 NJF N° 1007).

IV.- Regular los honorarios profesionales de la Lic. María de los Ángeles Corro Molas en la suma de \$ 120.000 a la fecha de esta sentencia, emolumentos que serán soportados exclusivamente por la parte demandada y tercera citada.

V.- Regístrese, notifíquese y, firme que se encuentre la presente, devuélvase al Juzgado de origen.