



JUNÍN DE LOS ANDES, 16 de mayo del año 2022.

**VISTOS:**

Estos autos caratulados **"SUCEORES DE RIOS SEGUNDO AMBROSIO Y OTROS C/ BAEZ HECTOR ALFREDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)"** (Expte. N° 31153/2012), de trámite ante este Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de la IV Circunscripción Judicial, de los que,

**RESULTA:**

**1) Demanda:**

A fojas 10/19 se presentan SEGUNDO AMBROSIO RIOS, JOSEFINA NELLY LINCOLAO, ISABEL ADELINA RIOS y EDUARDO RIOS a través de su letrada apoderada Dra. ... y con el patrocinio letrado de los Dres. ... y ..., y promueven demanda contra el Sr. HÉCTOR BAEZ, reclamando la suma de \$ 772.000 en concepto de los daños y perjuicios, con expresa imposición de costas.

Todos ellos reclaman los daños propios que dicen haber sufrido por la muerte de SEGUNDO ADOLFO RIOS, quien era hijo de los dos primeros nombrados, y hermano de los restantes dos.

Relatan que el día 10/04/09 el demandado estaba conduciendo su vehículo Ford Ranger dominio ... -ver rectificación de la patente a fs. 46- en estado de ebriedad por la Ruta N° 234 (actual Ruta N° 40), efectuando en esa ocasión un transporte benévolo a favor del señor SEGUNDO ADOLFO RIOS (quien viajaba como acompañante), cuando aproximadamente a las 07:00 horas entre los kilómetros 47 y 48 (en cercanías del puente sobre el Río Quilquihue) el automotor volcó, lo que produjo la muerte de RIOS.

Relata que a raíz del hecho se instruyó una causa penal, que culminó con el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba a favor del demandado.

Atribuyen responsabilidad civil al demandado en su carácter tanto de dueño como de guardián de la cosa riesgosa (art. 1113 del Código Civil de Vélez).

Reclaman entonces la reparación de los siguientes perjuicios:

Progenitores:

Daño Moral: por la muerte del hijo.



Daño psicológico: aducen que ambos -especialmente el padre- cayeron en una depresión que los incapacita.

Lucro cesante y pérdida de chance: aducen que el hijo los ayudaba económicamente y que esperaban continuar con esa colaboración de \$ 500 por mes hasta los 80 años.

Hermanos:

Daño Moral: por la muerte de su hermano, a cuyo fin plantean la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC.

Daño psicológico: aducen que ambos cayeron en una depresión que los incapacita.

Piden que en los términos de la ley 17.418 se cite en garantía a Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A., lo que se dispuso a fs. 28.

Ofrecen prueba y peticionan que oportunamente se haga lugar a la demanda, condenando al demandado al pago integral de las sumas y rubros reclamados con más sus intereses y costas.

## **2) Fallecimiento de uno de los actores:**

A fs. 93 se acredita el fallecimiento del actor SEGUNDO AMBROSIO RIOS ocurrido el día 28/07/13 durante la sustanciación del pleito, y se denuncia como herederos a los restantes tres actores (que acreditan el carácter de esposa e hijos a fs. 4, 6 y 99), por lo que estos expresan que continúan la acción tanto por derecho propio como en carácter de sucesores del difunto (fs. 96).

## **3) Contestación de demanda:**

Corrido el traslado pertinente, a fojas 41/44 se presenta el Sr. HECTOR BAEZ con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial Civil y contesta la demanda.

Efectúa la negativa general y particular de cada uno de los hechos afirmados en aquella, pero sin dar su propia versión de cómo sucedió el siniestro.

Pide la citación en garantía de la misma compañía mencionada por el actor, y se adelanta a un posible planteo de exclusión de cobertura fundado en su estado de intoxicación al momento de conducir el vehículo. Para ello esgrime que por la función social que tiene el seguro obligatorio la compañía debería otorgar cobertura frente al tercero dañado, y luego eventualmente repetir el costo contra el asegurado.



Impugna la liquidación de los rubros de los daños reclamados, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda con costas.

**4) Contestación de la citada en garantía:**

A fojas 71/82 compareció COMPAÑÍA DE SEGUROS LA MERCANTIL ANDINA S.A. que fue citada en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Adujo dos defensas:

Falta de legitimación pasiva: la fundó en que el asegurado estaba alcoholizado al momento del siniestro, por lo que invocó la causal de exclusión de cobertura prevista en el Anexo 1 de la póliza.

Falta de legitimación activa: la circunscribe al rubro daño moral reclamado por los hermanos del fallecido, pues estima que el art. 1078 CC -que no les confiere legitimación- se ajusta a los preceptos de la Constitución Nacional.

Impugna la liquidación de los daños reclamados, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda con costas.

**5) Trámite procesal:**

A fs. 104 se abrió a prueba sólo al fin de resolver las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 347 y 350 CPCC), y luego de producidos los medios pertinentes a fs. 195 emitió dictamen el agente fiscal.

A fs. 196/198 se dictó interlocutoria en la que se resolvió que las pruebas producidas resultaban insuficientes para tomar una resolución, por lo que postergó su tratamiento para el momento del dictado del fallo.

En consecuencia a fs. 200/201 se abrió el resto de la causa a prueba, y rendida la obrante en autos a fojas 250 se clausuró la etapa probatoria colocándose los autos para alegar.

Finalmente a fojas 261 se llamaron los autos para sentencia definitiva.

**CONSIDERANDO:**

**6) Ley aplicable:**



La relación jurídica habida entre las partes se constituyó el día en que se produjo el daño que sustenta la acción, es decir del 10 de abril del año 2009.

En ese momento regía el Código Civil de Vélez (ley 340), por lo que esa será la norma a tener en cuenta para resolver el caso conforme lo establecido en el art. 3 de ese cuerpo legal. Tal norma de derecho transitorio concuerda además con lo previsto en el art. 7 del Código Civil y Comercial que derogó y reemplazó aquel desde el 01/08/15.

Al respecto la doctrina ha dicho: "Para entender, nada mejor que recordar el esquema de Roubier: i. Las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las ya constituidas. Establecida la relación, el cambio de ley no puede afectar su constitución, excepto que el legislador, de manera expresa, confiera efecto retroactivo a la nueva ley; por ejemplo, una ley que exige escritura pública para probar una locación no puede tener aplicación inmediata a un contrato que se celebró bajo el imperio de una ley que no exigía esa prueba, excepto que la ley, expresamente, establezca retroactividad. Paralelamente, si de acuerdo a la ley vigente, los hechos no tenían fuerza suficiente para engendrar o constituir una relación jurídica, esa relación no ha nacido, no está constituida, no es una relación existente; una ley posterior que no exige los elementos que le faltaban no puede vivificarla, hacerla nacer, excepto que sea retroactiva. En definitiva, los hechos que no han podido determinar la constitución o extinción de una situación jurídica, de acuerdo a la ley vigente en el día en que se produjeron, no pueden, en virtud de una ley posterior, ser considerados como generadores o extintivos, excepto que la ley sea retroactiva. ii. Las leyes que gobiernan la extinción de una situación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las situaciones anteriormente extinguidas. Por ejemplo, sería retroactiva si declarase nulas todas las renunciaciones de deudas hechas antes de su entrada en vigencia. En cambio, podrían afectar una situación jurídica no extinguida por ejemplo, si la nueva ley establece que el uso abusivo del usufructuario es causal de extinción del usufructo, puede aplicarse a los hechos constitutivos del abuso posteriores a la entrada en vigencia, aunque el usufructo se haya constituido bajo la vieja ley, pero no a los hechos anteriores, pues cuando ellos acaecieron, no eran causal de extinción. iii. Las consecuencias producidas están consumadas, no se encuentran afectadas por las nuevas leyes, excepto retroactividad, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico. En cambio, los efectos o consecuencias aún no producidos caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad. Hay aplicación



inmediata, sin retroactividad, cuando la nueva ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso o in fieri de las relaciones o situaciones jurídicas; es decir, los que se producen después de su entrada en vigor" (Código Civil y Comercial de la Nación - Directores: Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. Infojus. Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400).

#### **7) Responsabilidad civil del demandado:**

En la demanda se imputa al señor BAEZ responsabilidad civil en los términos del art. 1113 CC derivada de la muerte de SEGUNDO ADOLFO RIOS (hijo de dos actores y hermano de los otros dos) por el accidente de tránsito ocurrido el 10/04/09 mientras el primero conducía un vehículo de su propiedad y volcó en la Ruta N° 40 a la altura del puente sobre el río Quilquihue.

La defunción se halla probada en los términos que prevé el art. 104 del CC con el acta agregada a fs. 26 donde se consignó que esta ocurrió por politraumatismo con aplastamiento.

Para acreditar el nexo causal entre el obrar del accionado y el daño producido se pidió la remisión ad effectum videndi et probandi de la causa penal agregada por cuerda caratulada "BAEZ HECTOR ALFREDO S/ SJP" (Legajo N° 393/2014) de la que surge:

Fs. 1/3: acta policial labrada el día de hecho.

Fs. 10 y 14: certificación de la muerte.

Fs. 3: título del automotor del que surge que BAEZ era su propietario el día del hecho.

Fs. 69/71: pericia accidentológica que concluye en que el vehículo se desplazaba a 105 km/h sobre la ruta y, sin intervención de otro rodado, se salió de la calzada y volcó, producto de lo cual el acompañante SEGUNDO A. RIOS salió despedido fuera del habitáculo y golpeó contra el suelo siendo aplastado por la misma camioneta. Es decir que concluye en que el siniestro se dio por una falla humana atribuible al conductor BAEZ que vulneró lo establecido en el art. 50 de la ley 24.449 respecto del deber de conducir el vehículo con precaución y pleno dominio.

Fs. 73: pericia de la que surge que al momento del hecho BAEZ conducía con una alcoholemia de 2,09 g/l.



Fs. 87: acta de indagatoria en la que BAEZ no declaró.

Fs. 107/108: pedido fiscal de elevación a juicio.

Fs. 137/138: acta en la que los querellantes aquí actores rechazan la reparación pecuniaria que se les ofreció.

Fs. 139/142: resolución del juez correccional de fecha 26/07/10 otorgando a BAEZ el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el plazo de 3 años y fijando las condiciones.

Fs. 178/188: sentencia del TSJ confirmando aquella.

Fs. 202: acta de la audiencia celebrada el 05/12/14 en la que se declararon cumplidas las condiciones del beneficio otorgado, y por tanto extinguida la acción penal y sobreseído al imputado.

De las pruebas reseñadas surge con claridad la participación del demandado en el hecho en los términos en que se describen en la demanda: BAEZ conducía el vehículo de su propiedad a 105 km/h con un grado de intoxicación alcohólica de 2,09 g/l, y por razones no establecidas (aunque muy probablemente por la falta de reflejos motrices normales que ese estado de embriaguez supone) perdió el control del rodado y volcó fuera de la calzada.

Este obrar antijurídico (art. 50 de la ley 24.449) provocó la muerte de su acompañante SEGUNDO ADOLFO RIOS.

Si bien la concesión de la suspensión del juicio a prueba no implica automáticamente un reconocimiento de responsabilidad civil (máxime cuando el imputado fue finalmente sobreseído porque se extinguió la acción penal), no puede ignorarse tampoco que las pruebas reseñadas son absolutamente contundentes acerca de su participación en el hecho.

A mayor abundamiento, en esta sede civil se produjo prueba confesional, de la que resultó que el demandado fue citado a absolver (fs. 126/127) y no compareció (fs. 131), por lo que reconoció las posiciones contenidas en el pliego que obraba dentro del sobre de fs. 131 y ahora se halla agregado a fs. 252. De su lectura surge el absoluto reconocimiento del nexo causal entre su obrar y el daño producido (art. 417 del Código Procesal).



En consecuencia, cabe tener por acreditado en esta sede civil la ocurrencia en las circunstancias de modo, tiempo y lugar precedentemente indicadas.

Es decir que el señor BAEZ, a través de un obrar antijurídico ha causado un daño que le es imputable, y por ende es civilmente responsable de su reparación frente al damnificado o sus sucesores universales por los daños derivados del hecho (arts. 1068, 1074, 1077 y 1083 del CC).

Por ello la demanda habrá de prosperar debiendo el responsable resarcir los daños indirectos causados a los actores tanto en la esfera patrimonial (arts. 1084 a 1086 C.C.) como en la extrapatrimonial (art. 1078 aunque respecto de los hermanos debe estarse a lo que se resuelve más abajo), los que se traducirán en una indemnización pecuniaria debido a la imposibilidad en el caso de proceder a la reparación en especie.

En el caso del actor SEGUNDO AMBROSIO RIOS que falleció durante el proceso (fs. 93) la indemnización forma parte de su acervo, por lo que una vez que el demandado cumpla la condena -ya sea de forma voluntaria o forzada- los fondos serán remitidos al expediente sucesorio (cuya apertura aún no fue denunciada ni acreditada) para que en ese juicio universal sean distribuidos entre los herederos según la cuota parte que le corresponda a cada uno.

#### **8) Extensión de la responsabilidad civil a la aseguradora:**

Antes de analizar la cuantificación del daño cabe resolver los pedidos de ambas partes actora y demandada tendientes a que la responsabilidad atribuida a BAEZ sea extendida a su compañía aseguradora en los términos previstos en los arts. 1 y 109 a 120 de la ley 17.418 (en adelante LS).

No está controvertida la emisión de una póliza favor de BAEZ en los términos del art. 68 de la ley 24.449 que amparaba el riesgo de producción de un accidente de tránsito y que estaba vigente al día 10/04/09 (el instrumento se agregó a fs. 60/70), pero la compañía opuso excepción de falta de legitimación pasiva.

Posición del asegurado:

Pidió la citación de la compañía en los términos del art. 118 LS y estimó que aún cuando estuviese alcoholizado al momento del suceso aquella debería mantener indemne su patrimonio, y eventualmente luego ejercer acción de regreso en su contra (fs. 43 y 91).



Posición de la aseguradora:

Opuso la excepción mencionada aduciendo que al momento del siniestro el asegurado conducía con un nivel de alcohol en sangre de 2,09 g/l que es superior al establecido como límite en el Anexo I de la póliza (1 g/l), por lo que invocó esta causal de exclusión de cobertura (fs. 71/74). Dice haber comunicado el rechazo mediante CD expedida el 20/08/09 (fs. 59 y 72 vta.).

Posición del tercero damnificado:

Aduce que la causal de exclusión no puede serle opuesta porque la compañía se expidió fuera del plazo previsto en el art. 56 LS y entonces se produjo la aceptación tácita del siniestro.

Interlocutoria de fs. 196/198:

Allí se postergó el tratamiento de esta excepción por existir hasta entonces falta de prueba suficiente.

Pruebas:

Se produjeron los siguientes medios:

Documental:

Fs. 60/70: obra la póliza de la que surge que efectivamente las partes pactaron la exclusión de cobertura para el caso de que el asegurado condujese el vehículo con un nivel de alcohol en sangre superior a 1 g/l (cláusula 9 del Anexo I obrante a fs. 62 y cláusula 23 punto 18 del anexo II obrante a fs. 65).

Fs. 37: obra CD mediante la cual la compañía pidió al asegurado información complementaria antes de poder expedirse (art. 46 LS). Esto fue notificado a BAEZ el 07/05/09 (fs. 58).

Fs. 38 y 59: obra CD cursada el 20/08/19 mediante la cual se comunica a BAEZ el rechazo de la cobertura.

ii) Informativa:

La Superintendencia de Seguros de la Nación informó acerca de la validez de la cláusula de exclusión (fs. 108).

iii) Pericial contable:

A fs. 183/187 se produjo este medio mediante el cual una experta compulsó los libros contables de la aseguradora y dictaminó lo siguiente:



BAEZ denunció el siniestro ante la aseguradora el día 17/04/09 (fs. 183 y 187).

La compañía formuló pedido de información complementaria al asegurado (en los términos del art. 46 LS) el 04/05/09 mediante la CD de fs. 184 que fue notificada el 07/05/09 (fs. 58).

Y finalmente comunicó el rechazo de la cobertura mediante CD que según la perito fue expedida el 19/08/09, pero de fs. 59 surge que en realidad fue cursada el 20/08/09.

**Consecuencias jurídicas:**

Los arts. 46 y 47 LS (normas generales) establecen que el asegurado debe comunicar el acaecimiento del siniestro dentro del plazo de 3 días corridos bajo apercibimiento de caducidad de la cobertura salvo que lo haga fuera de ese término acreditando demora por "caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia"; plazo que es reafirmado por el art. 115 en el capítulo que rige el seguro por responsabilidad civil (norma especial).

En el caso BAEZ formuló la denuncia al 7° día de ocurrido el siniestro, lo cual entiendo que encuadra dentro del caso de imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia que prevé la norma pues no es razonable exigirle el cumplimiento riguroso del término general cuando está probado que se encontraba en un grave estado de salud física y mental (ver fs. 7/8 de la causa penal) luego de protagonizar el accidente que se describió más arriba.

Además cabe destacar que la compañía no aduce esta causal de caducidad del derecho, sino que plantea exclusión por otro motivo.

En consecuencia, la aseguradora podía expedirse dentro de los 30 días desde recibida la denuncia (art. 56 LS) o pedir información complementaria al asegurado antes de tomar una decisión final.

Optó por esto último, lo que comunicó a BAEZ mediante la CD de fs. 37 y 184 que se notificó el 07/05/09 (fs. 58). Allí la compañía le pidió al asegurado una serie de informaciones y documentaciones que lucen pertinentes, necesarias y razonables de acuerdo a las características del siniestro que le fue denunciado.

Conforme el art. 56 LS "El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria



prevista en los párrafos 2° y 3° del artículo 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación”.

Si bien no se halla probado qué día específico el asegurado brindó a la compañía la información que le fue requerida, de la interpretación legal armónica del régimen asegurativo surge que la interrupción del plazo para expedirse no puede prolongarse indefinidamente, y nunca más allá de los 30 días previstos en el art. 56 LS.

Es que una interpretación contraria implicaría actuar en desmedro de los derechos tanto del damnificado (en el caso los causahabientes del fallecido) como del asegurado. Esto último resulta especialmente improcedente por cuanto el cocontratante es la parte débil de la relación jurídica, en cuyo favor cabe efectuar la interpretación de la ley y del contrato (art. 3 ley 24.240).

Partiendo de tal base cabe señalar entonces que a partir del 07/05/09 (día en que se notificó al asegurado el pedido de información complementaria) la compañía contaba con un plazo de 30 días corridos para pronunciarse, ya sea aceptando o rechazando el siniestro, término que expiraba el 07/06/09.

Se halla probado que la compañía se expidió recién el 20/08/09 (fs. 59 y 185), o sea 105 días después de que le pidió a BAEZ la información y documentación complementaria, excediendo así holgadamente el plazo legal antedicho.

Ello conforme lo dispone el art. 56 de la ley implica que la aseguradora aceptó tácitamente el siniestro, y por ende no puede hacer valer frente al asegurado ni al tercero la causal de exclusión que invoca (respecto de la cual indudablemente estaban dados los presupuestos de su configuración conforme surge de fs. 73 de la causa penal).

En consecuencia, la excepción de falta de legitimación pasiva que adujo la citada en garantía debe desestimarse, y esta será condenada a responder en la medida del seguro contratado.

Ello torna abstracto ahondar en lo aducido por BAEZ a fs. 43 y 91 acerca de la función social del seguro como motivo de cobertura pese a la configuración de causales de exclusión, argumento que de todos modos hubiera resultado improcedente ya que fue descartado en numerosas oportunidades por el máximo tribunal del país (CSJN en “Nieto”, “Villareal”, “Cuello”, “Obarrio”, “Buffoni”, “Flores”, “Gauna”, “Gómez Rocca”, etc.).

## **9) Cuantificación de los daños**



Establecido el presupuesto de responsabilidad ponderado en los considerandos precedentes, corresponde examinar la atendibilidad y, en su caso, la cuantía de los distintos rubros indemnizatorios reclamados por los accionantes, que para una fácil comprensión serán tratados en el orden que ha propuesto la parte actora.

**10) Daño moral:**

**10.a) Reclamo de los progenitores:**

Resulta atendible la pretensión resarcitoria por el perjuicio moral inferido conforme lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil vigente el día del suceso dañoso, pues la acción fue entablada por SEGUNDO AMBROSIO RIOS y JOSEFINA N. LINCOLAO como damnificados indirectos en carácter de ascendientes del fallecido (fs. 5).

Al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 321:1117; 323:3614; 325:1156 y 334:376, entre otros), y que "el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun 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" (Fallos: 334:376). Por ello, en la evaluación del perjuicio moral "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" (doctrina de Fallos 334:376).

Se valorará entonces a tales efectos las particularidades del caso entre las que adquieren relevancia el dolor que experimentaron los padres al haber sufrido la inesperada y violenta muerte de su hijo, y la interferencia que se produjo en su proyecto de vida al tener que transitar la etapa de adultez mayor en ausencia de aquel, todo lo que provocó la vulneración de sus afecciones espirituales legítimas.



Ponderando entonces las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que podrían haber procurado las sumas que se reconozcan por este concepto, entiendo adecuado fijar la reparación del daño moral en la cantidad reclamada a fs. 13, es decir PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000) a favor de cada uno de los progenitores.

A ello cabe adicionar los intereses moratorios que serán calculados desde el día del hecho dañoso (10/04/09) y hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

**10.b) Reclamo de los hermanos:**

Posición de los actores Isabel Ríos y Eduardo Ríos:

En la demanda reclaman la reparación de este daño que justiprecian en la suma de \$ 30.000 para cada uno de ellos.

Plantean para ello la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil vigente al día de causarse el perjuicio que establecía que "La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos" (carácter que no tenían los hermanos en ese régimen cfr. art. 3591 y 3592 del CC).

Fundan el planteo en que el daño moral es un concepto amplio referido al sufrimiento por el dolor, y que limitar la legitimación activa sólo a los herederos forzosos implicaría aceptar que los demás familiares del difunto no sufren dolor alguno por su muerte, lo que a su juicio se encuentra fuera de toda lógica.

Posición del demandado:

Se opone al planteo aferrándose a la literalidad de la norma.

Aduce además que si bien en algunos precedentes se reconoció la reparación del daño moral a los hermanos siempre se trató de menores de edad convivientes con el fallecido, caso fáctico distinto del presente.

Posición de la citada en garantía:

También impugnó el rubro calificando su defensa como excepción de falta de legitimación activa.

Invoca para ello la literalidad de la norma y defiende su constitucionalidad por considerarla razonable.



Dictamen fiscal:

El Ministerio Público dictaminó fs. 195 que el planteo deviene abstracto por cuanto a partir del 01/08/15 rige el art. 1741 CCC que a su entender sí confiere legitimación activa a los hermanos para reclamar este daño.

Interlocutoria de fs. 196/198:

Allí se postergó el tratamiento de esta excepción.

Norma aplicable:

Como se mencionó en el considerando N° 6 el día 10/04/09 regía el Código Civil de Vélez (ley 340), norma que entonces resulta aplicable a los elementos estructurales de la obligación y a las consecuencias de ella: entre otros a los daños que habiendo nacido el día del hecho se agotaron allí mismo.

Entiendo que la obligación de reparar el daño moral sufrido por los hermanos se rige entonces por el Código Civil de Vélez que estaba en vigencia el 10/04/09, y en nada altera esta conclusión -como erróneamente plantea el agente fiscal el hecho de que la nueva ley vigente desde el 01/08/15 prevea una solución distinta.

Ello porque el daño nació y se consolidó con el mismo hecho de la muerte sucedido bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, siendo este entonces la norma aplicable que propicia la doctrina (ver por ej. KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, Rubinzal Culzoni, 1° edición, año 2015, p. 100, acápite N° 47).

Planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 CC:

Corresponde entonces adentrarse en este planteo ya que la parte actora pretende la reparación obteniendo una declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo priva de legitimación activa.

No desconozco que al respecto se ha suscitado una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial, pero -en honor a la brevedad- me remito a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Lima Maira Joana y otros c/ Agon Alfredo, Sastre María Patricia y otros s/ daños y perjuicios" (Fallos 340:1185 del 05/09/17) donde se pronunció por la validez constitucional del art. 1078 CC (criterio que luego



reiteró en "González Alfredo Oscar c/ Duarte Bogarín, Carlos y otro s/ daños y perjuicios" Fallos 344:672 del 22/04/21).

En el primero de los fallos remitió a los fundamentos dados por el Procurador General, quien sostuvo: "En primer término, la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional implica la igualdad de tratamiento para casos idénticos o razonablemente similares o asimilables entre sí. Sin embargo, no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. En consonancia, se atribuye un amplio margen al legislador para distinguir y clasificar los objetos de la reglamentación en la medida en que las distinciones se basen en motivos objetivos y razonables (Fallos: 326:3142, "Asociación Mutual Carlos Mujica", considerando 9°) (...) las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito son resarcidas de acuerdo con el artículo 1078 del Código Civil. En estos casos, el daño consiste en las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el damnificado. En virtud de la naturaleza del perjuicio sufrido, la dimensión del daño no puede ser acreditada con certeza. No obstante, el legislador consideró que el perjuicio extrapatrimonial debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso. De este modo, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide indemnizarlo teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 334:1821, "Migoya", considerando 23°). Precisamente, por las particularidades de este daño, debe tenérselo por configurado in re ipsa ya que se presume la lesión inevitable de los sentimientos de los legitimados (Fallos: 316:2894, considerando 7°). Al mismo tiempo, el legislador entendió que no es posible exigirle al generador del hecho ilícito que indemnice a todo aquel que meramente invoque la existencia de daño moral y que es necesario evitar la proliferación excesiva de reclamos, lo cual contribuye a la previsibilidad y cobertura de los riesgos. Por lo tanto, estableció en qué casos los jueces pueden presumir su existencia. En este contexto, considero que las diferentes reglas probatorias en los supuestos de daños materiales e inmateriales en los casos de responsabilidad extracontractual, que a su vez obedecen a las características diversas de los bienes en cada caso tutelados, constituyen una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado que brinda el Código Civil a la legitimación activa en cada supuesto. Para más, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, el ordenamiento vigente mantiene la regla según la cual solo el damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar la



indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito. La legitimación activa ha sido ampliada en el nuevo código pero únicamente para los casos de muerte o de gran discapacidad de la víctima. En segundo término, considero que el artículo 1078 tampoco importa una restricción inconstitucional al principio de reparación integral establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues como ya se ha analizado, la decisión del legislador de acotar la legitimación para reclamar el daño moral obedece a criterios objetivos y razonables, y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos ilícitos. (...) el legislador a través de la limitación contenida en los términos del artículo 1078 ha establecido un medio apropiado - considerando la particular naturaleza de los daños no patrimoniales y las cuestiones probatorias conexas- a fin de procurar la previsibilidad de los riesgos y la cobertura de los daños derivados de los hechos ilícitos".

En consecuencia, por compartir los fundamentos mencionados por el Procurador General que la CSJN hizo suyos, estimo que el art. 1078 CC no vulnera lo previsto en la Constitución Nacional.

No se pone en tela de juicio que los peticionantes hayan experimentado una afección espiritual por la muerte de su hermano, pero la norma aplicable no les confiere legitimación para reclamar su reparación.

En consecuencia dado que el art. 1078 CC no prevé que Isabel Ríos y Eduardo Ríos (herederos no forzosos del difunto) gocen de legitimación activa para demandar la reparación del daño moral sufrido por la muerte de su hermano, este rubro se desestimaré.

#### **11) Daño psicológico:**

Los demandantes reclaman en este acápite el resarcimiento de dos daños bien diferenciados: el daño psíquico que los incapacita de manera permanente para la realización de tareas económicamente valorables, y el costo de afrontar la realización de una terapia que aunque no mitigue aquella minusvalía al menos coadyuva a no agravarla (apartado 8.3 último párrafo de fs. 16 vta./17).

La producción de la pericia respecto del señor SEGUNDO AMBROSIO RIOS fue imposible puesto que a ese momento ya había fallecido (fs. 93).

Respecto de los demás actores a fs. 209/218 se produjo la pericial, de donde surge que para su elaboración el



experto efectuó las siguientes operaciones técnicocientíficas en los términos del art. 471 del Código Procesal:

Entrevista semidirigida

Evaluación de las funciones psíquicas actuales.

Test de Bender

Test de Persona bajo la lluvia

Inventario MMPI II

En base a tales operaciones técnicas y exámenes informa que apreció que el estado psíquico de los actores es el siguiente: "los 3 actores se podrían encuadrar, en mayor o menor medida, como un atravesamiento del duelo normal. No habiendo trastorno psicopatológico específico vinculado a los hechos de la Litis (...) en los tres actores a la fecha de la evaluación no hay afección psíquica vinculada al hecho de autos. Esto no implica que no haya sido una situación movilizante para los mismos, sino que la forma de abordarlo varía de acuerdo a la carga afectiva y la vinculación que tenía el fallecido para con los actores".

El perito dictamina entonces que no halla daño psicológico que tenga nexo de causalidad con el accidente que sustenta la demanda, por lo que entonces este rubro no puede prosperar ya que no hay menoscabo reparable (art. 1068 CC).

## **12) Lucro cesante y pérdida de chances**

Este rubro es reclamado solamente por los progenitores, quienes pretenden que se les repare la legítima expectativa que tenían de que su hijo continuase ayudándolos económicamente hasta la vejez, lo que no podrá cumplirse pues que aquel falleció inesperadamente a los 32 años de edad.

Mencionan para ello que tenían expectativa de continuar recibiendo ayuda económica hasta los 80 años de edad, y que el monto que esperaban recibir era de \$ 500 mensuales extendido durante 324 meses lo que arroja \$ 162.000.

Como se mencionó en el considerando N° 5 este daño reclamado nació el 10/04/09 pero sus consecuencias se prolongaron en el tiempo, concretamente:

En el caso de SEGUNDO AMBROSIO RIOS hasta el día en que se detuvo por su propia muerte que acaeció el 28/07/13 (fs. 93), es decir que se prolongó durante 4 años y 3 meses. Ello es de toda lógica pues la producción del daño no puede



prolongarse más allá de la muerte del acreedor, que es el límite temporal para calcular su cuantía pecuniaria.

En el caso de JOSEFINA LINCOLAO desde la muerte de su hijo hasta el día de hoy han transcurrido 13 años. Pero además es un daño cierto y futuro que es razonable estimar que se prolongará al menos hasta la edad que menciona en la demanda, lo que ocurrirá dentro de 14 años (ver fecha de nacimiento de la actora consignada en el acta de fs. 99).

Por ello es procedente reparar el primer tramo hasta hoy -en el que la pérdida patrimonial ya ocurrió- en carácter de lucro cesante (art. 1069 CC), y el segundo tramo -en el que la disminución patrimonial aún no ocurrió pero es objetivamente probable suponer que sucederá- en concepto de pérdida de chance.

Ha sostenido el tribunal de alzada local que "el lucro cesante suele ser definido como la ganancia o utilidad que, con certeza o cierta probabilidad objetiva, se deja de percibir como consecuencia de un hecho ilícito o por la inejecución de una obligación en su debido tiempo (cfr. arts. 519 y 1069 del Código Civil). En este sentido, tiene dicho esta Alzada que: "el lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial, dado que a raíz del hecho lesivo se ha impedido a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos" (in re "IVANOFF SAMANTA Y OTROS C/ SILVA HEBERT DANIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 46.075/2008, Sala 2, Acuerdo del 15/10/2015). En otro precedente de este mismo Tribunal se señaló que: "Matilde Zavala de González ("Resarcimiento de Daños" tomo 2.a pág. 309) al conceptuar el lucro cesante dice que el Código Civil lo define como "la ganancia de la que fue privado el damnificado por el acto ilícito" y lo declara como uno de los capítulos del daño patrimonial al lado del "perjuicio efectivamente sufrido" o daño emergente (art. 1069), y agrega que en cualquier caso el lucro cesante equivale al cercenamiento de utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, o sea algún enriquecimiento valorable desde la óptica económica" (in re "STROIA MATIAS NAHUEL C/ CREIDE ROBERTO FORTUNATO S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES", Expte. n° 33574/2013, Sala 2, Acuerdo del 09/04/2019). Y finalmente, Marcelo López Mesa, recordando a Orgaz, sostiene que "el lucro cesante será cierto cuando existe un grado de suficiente convicción de que las ganancias debían ser logradas por la víctima, de no ser por haber ocurrido el hecho dañoso. No se trata de una mera posibilidad, pero tampoco de seguridad de obtener las ganancias; el criterio es entonces intermedio: una probabilidad objetiva, de



acuerdo a las circunstancias del caso" (Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, "BARSOTTELLI MARÍA PAULA C/ ASOCIACIÓN DEPORTIVA Y CULTURAL LACAR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES", Expte. N° 43.599/15, 01/06/20).

Como señalé anteriormente este perjuicio indemnizable se prolongó en el caso de RIOS durante 4 años y 3 meses; y en el caso de LINCOLAO durante 13 años ya transcurridos y otros 14 a transcurrir, lo que totalizan 27 años.

Respecto a la actividad económicamente valorable que producía el difunto sólo obra en la causa penal referencia a que era de actividad carpintero (fs. 1 vta. Y 14), al igual que en la causa civil según acta de defunción (fs. 26).

En el escrito de demanda se menciona que los actores tenían la expectativa de recibir al menos \$ 500 por mes en concepto de ayuda económica de parte de su hijo, pero ninguna prueba produjeron para acreditar el monto de los ingresos que aquel percibía.

En consecuencia habrá de tenerse como ciertamente probable que el difunto percibía un ingreso mensual igual al salario mínimo, vital y móvil, que a la fecha del deceso equivalía a \$ 1.240 por mes (fuente consultada sitio web oficial del Ministerio de Trabajo de la Nación [www.trabajo.gov.ar/estadísticas](http://www.trabajo.gov.ar/estadísticas)).

Del acta de defunción (fs. 26) surge que el difunto era de estado civil soltero, hecho que no fue refutado por otros medios de prueba, por lo que cabe tener por cierto. Tampoco se ha probado que tuviese hijos/as respecto de los cuales cumplir una obligación alimentaria.

Es decir que, en principio, es razonable esperar que el difunto destinase \$ 500 mensuales (alrededor del 40% de su salario) a ayudar económicamente a sus padres, con quienes está acreditado que convivía en ... (ver domicilio que surge del mismo acta de defunción).

El parámetro luce razonable pues toma en cuenta no solamente las ganancias que habría de percibir el difunto en caso de no haberse truncado fatalmente su vida, sino que también pondera las erogaciones que también habría debido efectuar para sí (alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.), siendo entonces prudente suponer -de acuerdo a lo que acostumbra normalmente a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas- que aquel podría destinar el 40% de su



salario a colaborar económicamente con sus padres con quien convivía.

Dadas esas pautas y la falta de otras pruebas en contrario, el monto reclamado en la demanda luce razonable conforme lo normado en el art. 165 del Código Procesal.

En consecuencia el rubro prosperará por CIENTO SESENTA Y DOS MIL (\$ 162.000) a distribuirse de acuerdo a los años de potencial ayuda perdida del siguiente modo: a favor de SEGUNDO AMBROSIO RÍOS -por 4 años y 3 meses de ayuda truncada- la suma de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000), y a favor de JOSEFINA N. LINCOLAO -por 27 años de ayuda truncada la suma de PESOS CIENTO TREINTA Y SIETE MIL (\$ 137.000).

A ello cabe adicionar los intereses moratorios que serán calculados desde el día del hecho dañoso (10/04/09) y hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

#### **14) Conclusión:**

El monto de la reparación plena determinada asciende entonces a la suma de PESOS QUINIENTOS SESENTA Y DOS (\$ 562.000) según el siguiente detalle:

Acreeador Segundo Ambrosio Ríos:

Daño moral \$ 200.000

Lucro cesante \$ 25.000

Total \$ 225.000

Dado que el actor falleció durante el proceso (fs. 93) esta indemnización es un crédito que integra la masa indivisa de su acervo hereditario.

Por ello los fondos se remitirán a la cuenta que se abra a nombre del expediente sucesorio para que allí se proceda a su distribución conforme las reglas previstas en el Libro Quinto del Código Civil y Comercial, ya que no se adjuntó aquí copia de la declaratoria de herederos y se desconoce si existen otros sucesores además de los denunciados a fs. 96 y/o acreedores con derecho a ser pagado con esos fondos antes de la partición.

Acreeadora Josefina N. Lincolao

Daño moral \$ 200.000

Lucro cesante y pérdida de chance \$ 137.000



Total \$ 337.000

**15) Costas:**

Las costas serán soportadas del siguiente modo conforme al éxito obtenido en el proceso (art. 71 del Código Procesal):

Las referidas a la acción interpuesta por Segundo A. Ríos (hoy sus sucesores) y Josefina N. Lincolao, serán pagadas por el demandado y por la citada en garantía ya que resultan vencidos.

Se deja constancia que de todos modos BAEZ goza del beneficio de litigar sin gastos (fs. 45), por lo que este sólo abonará las costas en caso de que tal privilegio le sea revocado (arts. 78 y 82 del CPCC).

Las referidas a la acción interpuesta por Isabel A. Ríos y Eduardo Ríos serán pagadas por ellos dado que resultan vencidos.

Pero también gozan del beneficio de litigar sin gastos (fs. 153), por lo que sólo abonarán las costas en caso de que tal privilegio les sea revocado (arts. 78 y 82 del CPCC).

Por todo lo expuesto,

**F A L L O:**

I. Haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta, y en su mérito condenando a HECTOR BAEZ a pagar dentro de los diez (10) días de quedar firme el fallo -bajo apercibimiento de ejecución- la suma de PESOS QUINIENTOS SESENTA Y DOS (**\$ 562.000**) según el siguiente detalle:

**a)** A favor de los **SUCESORES DE SEGUNDO AMBROSIO RIOS** la suma de PESOS DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL (**\$ 225.000**) con más los intereses reclamados que serán calculados desde el día 10/04/09 hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

Una vez que el demandado cumpla la condena -ya sea de forma voluntaria o forzada- los fondos serán remitidos desde estas actuaciones al expediente sucesorio para que en ese juicio universal sean distribuidos por el juez competente entre los herederos en la proporción que corresponda.

**b)** A favor de **JOSEFINA NELY LINCOLAO** la suma de PESOS TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL (**\$ 337.000**) con más los



intereses reclamados que serán calculados desde el día 10/04/09 hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

Haciendo extensiva la condena a la citada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS LA MERCANTIL ANDINA S.A. en la medida del contrato (artículo 118 de la ley 17.418).

II. Rechazando la demanda impetrada por ISABEL ADELINA RIOS y EDUARDO RIOS.

III. Imponiendo las costas del siguiente modo:

Las referidas a la acción interpuesta por Segundo A. Ríos (hoy sus sucesores) y Josefina N. Lincolao serán pagadas por el demandado (sólo en el caso de que le sea revocado el beneficio de litigar sin gastos concedido a fs. 45) y por la citada en garantía.

Las referidas a la acción interpuesta por Isabel A. Ríos y Eduardo Ríos serán pagadas por ellos, pero sólo en caso de que les sea revocado el beneficio de litigar sin gastos que le fue concedido en Expte. N° 28284/11 según fs. 153.

IV. Difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto obre en autos liquidación aprobada (Artículos 20 y 47 de la Ley 1594).

V. Oportunamente, con carácter previo a disponer el archivo, devuélvase la documental original a las partes y el expediente penal venido como prueba (a cuyo fin líbrese oficio), y córrase vista al Colegio de Abogados a los fines dispuestos por el artículo 60 in fine de la Ley 685 (t.o. Ley 1764).

VI. REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE personalmente o electrónicamente.

**Dr. Luciano Zani - Juez subrogante**

**Dr. Santiago Montorfano - Secretario**