



JUNÍN DE LOS ANDES, 23 de Mayo del año 2022.

VISTOS:

Estos autos caratulados "**M. E. A. Y OTRO C/ CALFUEQUE JOSE MARIA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)**" (Expte. N° 32894/2012), 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 10/29 se presentan E. A. M. y S. M. M. a través de su progenitor CARLOS ALBERTO MOSCOSO quien actúa en su representación legal por ser menores de edad; este a su vez comparece representado por el Dr. ... y con el patrocinio letrado del Dr.

En tal carácter promueven demanda contra el Sr. JOSE MARIA CALFUEQUE reclamando la suma de \$ 560.000 en concepto de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su madre DELIA NAHUELPI, con pedido de imposición de costas a la contraria.

Relatan que el día 07/05/08 a las 19:40 horas su madre se desplazaba como acompañante en el asiento delantero derecho del vehículo Renault 12 dominio ... que iba en ese momento conducido por su pareja DANIEL A. FERNANDEZ por la Ruta N° 234 -actual Ruta N° 40- en sentido oeste-este frente al loteo "El Hípico" de Junín de los Andes (es decir en sentido de circulación hacia el centro de esa localidad). En el automóvil también viajaban ALEJANDRO AXEL FERNÁNDEZ -hijo de aquellos dos-, C. Z. y J. Z. (hijas de Nahuelpi).



En ese mismo momento y lugar pero en sentido opuesto este-oeste (es decir en dirección hacia San Martín de los Andes) circulaba el demandado a bordo de su vehículo Ford Sierra dominio ..., quien imprevisiblemente invadió el carril contrario y colisionó al rodado Renault, provocando la muerte de DELIA NAHUELPI y su hijo ALEJANDRO AXEL FERNÁNDEZ.

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

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), basándose en las siguientes circunstancias: invasión del carril contrario, excesiva velocidad, ser vehículo embistente y no guiarlo conservando el dominio.

Si bien en el siniestro no participó ninguno de los dos actores, reclaman la reparación de los siguientes perjuicios indirectos que dicen haber sufrido:

Daño Moral (\$ 150.000 a favor de cada actor).

Incapacidad por daño psicológico permanente (\$ 15.000 a favor de cada actor).

Gastos de tratamiento terapéutico futuro (\$ 15.000 a favor de cada actor).

Lucro cesante y pérdida de chance por la pérdida de su madre (\$ 100.000 a favor de cada actor).

Piden que en los términos de la ley 17.418 se cite en garantía a La Perseverancia Seguros S.A.



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) Proceso acumulado

Cabe aclarar que la demanda también fue promovida por el señor DANIEL FERNANDEZ (conductor del vehículo Renault), quien reclamaba los daños sufridos a raíz de la defunción de Delia Nahuelpi (su pareja) y Alejandro A. Fernández (hijo en común con esta) efectuando una liquidación similar (sólo agregó un rubro por los gastos de sepelio).

Pero contra la demanda de este actor en particular se opuso excepción de litispendencia ya que simultáneamente había iniciado los autos "ZUÑIGA RODOLFO Y OTROS C/ CALFUEQUE JOSE MARIA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 24653/09) de trámite ante este Juzgado (fs. 98/99).

Dado ello la magistrada que originalmente intervenía (a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 1 de la I Circunscripción Judicial) dispuso la acumulación de ambos procesos y remitió las actuaciones a este organismo porque el expediente mencionado se encontraba con el trámite procesal más avanzado (fs. 123).

Se procedió entonces a la acumulación de los procesos y su radicación en este Juzgado al sólo fin del dictado de una sentencia única (fs. 130).

Tras ello se hizo lugar a la excepción de litispendencia y se desvinculó del proceso a DANIEL FERNANDEZ (fs. 204/205) a fin de que prosiga con la acción instada en los autos "ZUÑIGA c/ CALFUEQUE" (Expte. N° 24653/09).



Finalmente el dictado de una sentencia única no pudo concretarse porque aquel proceso -que incluía a otros 4 actores hijos de la fallecida- culminó por perención de la instancia.

3) Contestación de demanda

Retomando la reseña de estas actuaciones, cabe señalar que a fojas 98/102 se presenta el Sr. JOSE MARIA CALFUEQUE con el patrocinio letrado del Dr. ... y contesta la demanda.

Efectúa la negativa general y particular de cada uno de los hechos afirmados en aquella.

Aduce interrupción del nexo causal afirmando que la muerte de DELIA NAHUELPI se produjo debido a que esta viajaba sin el cinturón de seguridad colocado.

Asimismo opone la excepción de litispendencia a la que se hizo referencia anteriormente y que culminó con la desvinculación del proceso del señor Alejandro Fernández.

Pide la citación en garantía de la misma compañía mencionada por el actor.

4) Contestación de la citada en garantía:

A fojas 156/166 compareció LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A. que fue citada en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Negó los hechos invocados en la demanda sin dar una versión propia acerca del modo en que ocurrió el siniestro.

Reconoció la emisión de una póliza de aseguramiento a favor del demandado, y pidió que se tengan en cuenta:



El límite de cobertura.

Que hay una pluralidad de damnificados, por lo que en caso alcanzarse el límite máximo debe efectuarse una distribución del monto total a prorrata entre todos ellos.

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

5) Trámite procesal - planteo de inoponibilidad e inconstitucionalidad

A fs. 178/186 al contestar el traslado de la documental adjuntada por la aseguradora y por ende conocer con exactitud los términos de la póliza, la parte actora planteó que el límite máximo de cobertura allí previsto no le es oponible.

Planteó para ello inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 21999/92 y 22058/93 dictadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación por varios motivos:

Que el órgano emisor carece de facultades para dictarlas.

Que las limitaciones de cobertura que autorizan esas esas normas son irrazonables, desnaturalizan lo previsto en el art. 68 de la ley 24.449, vulneran el derecho constitucional a una reparación integral del daño y contradicen los principios previstos en la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Que el seguro posee una función social.

Sustanciado el planteo, a fs. 189/198 la citada en garantía defendió la validez y oponibilidad de la cláusula de limitación de cobertura.



Adujo que los límites de cobertura tienen un sentido de delimitación del riesgo para hacer viable económicamente el contrato, y citó en apoyo precedentes de la CSJN. Agregó que de todos modos las normas invocadas por la contraria fueron modificadas y ya no están vigentes.

A fs. 211/213 se abrió la causa a prueba, y rendida la obrante en autos a fojas 480 se clausuró la etapa probatoria colocándose los autos para alegar.

A fs. 483/487 emitió dictamen el Ministerio Público Fiscal propiciando que el planteo de inconstitucionalidad se declare abstracto porque a su entender las normas impugnadas sólo fijan límites de cobertura mínimos y no máximos (de lo que deduce que las normas en nada afectan a la parte actora). Agrega que de todos modos los límites son oponibles a los terceros conforme la jurisprudencia emanada de la CSJN.

Finalmente a fojas 494 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 el 7 de mayo del año 2008.

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

a) Daño

La defunción de DELIA NAHUELPI (madre de los actores) se halla probada en los términos que prevé el art. 104 del CC con el acta agregada a fs. 9 donde se consignó que esta ocurrió por politraumatismo.

b) Planteos de las partes

En la demanda se imputa al señor CALFUEQUE responsabilidad civil en los términos del art. 1113 CC derivada de su intervención en el accidente ocurrido el 07/05/08, aseverando que obró antijurídicamente al cometer diversas infracciones de tránsito que produjeron la colisión (fs. 13).

El demandado alega que el nexo se interrumpió porque NAHUELPI no llevaba colocado el cinturón de seguridad al momento del impacto.



Mientras la citada en garantía desconoce y niega todo.

Prueba instrumental

Para probar lo invocado el actor pidió la remisión ad effectum videndi et probandi de la causa penal agregada por cuerda que se caratula "CALFUEQUE JOSE MARIA S/ SJP (Legajo N° 424/2014) de la que surge:

Fs. 1/4: acta policial labrada el día de hecho.

Fs. 22 y 27: certificación de la muerte.

Fs. 35: cédula verde del automotor del que surge que CALFUEQUE era su propietario el día del hecho.

Fs. 121/122: pericia accidentológica que concluye en que el vehículo Renault conducido por Daniel Fernández (con Delia Nahuelpi viajando en el asiento del acompañante) circulaba en sentido oeste-este, mientras que el vehículo Ford Sierra (conducido por Daniel Fernández) lo hacía en sentido inverso.

Este último efectuó una maniobra de sobrepaso de un tercer vehículo marca Volkswagen Senda que iba en su mismo sentido de circulación (dato extraído del testimonio de su conductora LINCOLAO obrante a fs. 36/37). Al hacerlo el Ford rozó al tercer automóvil e invadió la vía contraria, lo que produjo la colisión frontal con el Renault. El experto indica que desde el punto de vista estrictamente físico ambos automotores (Ford y Renault) tienen simultáneamente carácter de embiscentes y embestidos.

Concluye entonces en que muy probablemente el siniestro se dio por una falla humana atribuible al conductor del Ford (el demandado).



Fs. 134 y 210: actas de indagatorias en la que CALFUEQUE no declaró.

Fs. 213/214: pedido fiscal de elevación a juicio.

Fs. 217: cierre de la instrucción.

Fs. 230: acta en la que el imputado pide que se le otorgue el beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

Fs. 231: resolución en la que se lo deniegan.

Fs. 254/259: sentencia confirmatoria del TSJ.

Fs. 273: nuevo pedido del imputado, y resolución del juez correccional de fecha 12/06/12 esta vez concediendo a CALFUEQUE el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el plazo de 3 años y fijando las condiciones.

Fs. 307: acta de la audiencia celebrada el 03/07/15 en la que se declararon cumplidas las condiciones del beneficio otorgado, y por tanto extinguida la acción penal y sobreseído al imputado.

Prueba pericial accidentológica en sede civil

En este proceso también se produjo la experticia (fs. 236/248) de donde surgen las siguientes conclusiones (que no fueron impugnadas por ninguna de las partes):

El automóvil Ford conducido por CALFUEQUE fue el protagonista activo del hecho porque invadió el carril contrario; mientras el otro vehículo fue el protagonista meramente pasivo.

No pueden determinarse las velocidades de los rodados.



Desde el punto de vista físico ninguno de ellos es exclusivamente embistente o embestido, ya que el choque fue frontal.

La ruta estaba señalizada con línea pintada en la calzada de color amarillo que indicaba que en el sentido oeste-este no podían efectuarse sobrepasos, prohibición que CALFUEQUE vulneró. En el sentido de circulación inverso (por donde venía el Renault) había línea punteada blanca que indicaba que los vehículos de ese carril sí podían sobrepasar (fs. 247).

Esta conclusión se ve reforzada por lo informado por el personal policial que labró el acta en causa penal (fs. 1 vuelta).

CALFUEQUE no conservó el pleno dominio de su vehículo.

Al momento del impacto la señora NAHUELPI no llevaba colocado el cinturón de seguridad. Se estima que las lesiones hubieran sido menores en caso de haber llevado ajustado ese elemento.

Conclusiones acerca del obrar de las partes:

De las pruebas reseñadas surge con claridad la participación del demandado en el hecho en los términos en que se describen en la demanda.

CALFUEQUE conducía el vehículo de su propiedad marca Ford por la Ruta N° 234 (hoy 40) y a la altura de ingreso a la entrada al loteo "El Hípico" de Junín de los Andes intentó sobrepasar a un automotor marca Volkswagen que circulaba en su mismo sentido, a pesar de que la señalización existente en la cinta asfáltica indicaba la prohibición de efectuar esa



maniobra (al momento en que el demandado inició el sobrepaso ya estaba terminando la línea puntada blanca y comenzando la línea continua amarilla según relata la testigo Lincolao a fs. 37 de la causa penal).

Al hacerlo invadió el carril contrario, y ello fue la causa de la colisión con el vehículo Renault que circulaba por el carril contrario de manera reglamentaria.

Este fue un obrar antijurídico, pues CALFUEQUE no conservó el pleno dominio de su rodado y además invadió el carril contrario vulnerando una señalización que indicaba no efectuar sobrepasos en el lugar (arts. 36, 39 y 42 de la ley 24.449).

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.

Pero también surge probado que la señora NAHUELPI viajaba como acompañante en el asiento delantero derecho del vehículo Renault sin haberse colocado el cinturón de seguridad (fs. 246 vuelta de la causa civil) y al parecer llevando en brazos a su hijo Alejandro A. Fernández (ver el testimonio de fs. 38 de la causa penal), quien también falleció en el accidente (fs. 27).

El hecho de que la señora NAHUELPI viajase sin el cinturón de seguridad debidamente colocado y portando a un menor en brazos también constituye un obrar antijurídico (art. 40 incisos g y k de la ley 24.449) con potencialidad para producir o agravar el daño.



Consecuencias jurídicas - distribución de la
responsabilidad

Como se ve, varias conductas ilícitas contribuyeron concausalmente a la producción y/o agravamiento del daño:

CALFUEQUE porque intentó un sobrepaso en lugar prohibido e invadió el carril contrario sin advertir que en sentido inverso circulaba otro automotor, al que finalmente impactó de frente.

NAHUELPI porque viajaba como acompañante sin colocarse el elemento de seguridad obligatorio (cinturón) lo cual es de suponer -conforme al curso natural y ordinario de las cosas- que por la fuerza del choque y la inercia resultante hizo que golpeará su cabeza contra el vidrio parabrisas (ver lo informado por el perito a fs. 246 vuelta), circunstancia que le provocó la muerte.

Además portaba a un bebé en brazos, hecho que apreciado conforme las mismas reglas -y de acuerdo a los principio de la sana crítica que emanan del art. 386 del Código Procesal- hacen suponer que redujo la posibilidad que tenía de efectuar alguna maniobra tendiente a evitar (lo que era prácticamente imposible) o al menos a aminorar la potencia del golpe de su cabeza contra el vidrio.

De ello se extrae que:

La conducta de CALFUEQUE operó como causa principal del accidente y por ende del daño.

La conducta de NAHUELPI operó como causa accesoria: en caso de haber llevado colocado el cinturón de seguridad probablemente también hubiera sufrido daños, pero de menor entidad.



Enseña la doctrina al respecto que "la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad. Ella vincula materialmente, de manera directa, al incumplimiento obligacional o al acto ilícito aquiliano con el daño y en forma indirecta a éste con el factor de atribución (...) Se trata de resolver, desde una perspectiva netamente jurídica, si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido a una persona. Adviértase que tal indagación es independiente de la legitimidad de la conducta del agente y del juicio de reproche subjetivo (culpabilidad) que, según los casos, pueda corresponder (...) Estamos, de tal modo, frente a una cuestión fáctica y objetiva, que se circunscribe al enlace entre un hecho antecedente (causa) y otro consecuente o resultado (efecto). El juicio que entraña la relación causal es neutro, en el sentido de que resulta ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generada y, específicamente, a la mayor o menor reprochabilidad subjetiva que de ella pueda emerger (...) Brinda, al mismo tiempo, los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias. A través de ella se determina hasta dónde el derecho quiere que el autor material responda por sus actos evitándose de tal modo, la elongación excesiva del perjuicio el enriquecimiento consiguiente del damnificado. La relación de causalidad define y predetermina, de tal modo si el daño debe ser reparado y con qué extensión (...) La concausa es una causa extraña que actúa independientemente de la condición puesta por el agente al que se atribuye el resultado dañoso. Este último aparece como el resultado de una pluralidad de hechos causales. Las concausas pueden ser preexistentes, concomitantes o sobrevinientes al hecho que desencadena el resultado (...) En las segundas, las dos causas que actúan



produciendo el resultado operan simultáneamente (...) La concausación del daño plantea, en esencia, las siguientes cuestiones básicas: 1) El vínculo de causalidad que necesariamente debe existir entre la conducta del supuesto autor y el daño no alcanza a configurarse de manera total. La causa material del menoscabo se desplaza hacia otro centro de imputación material concurrente: el hecho de la propia víctima de un tercero extraño o el caso fortuito. 2) La interferencia causal (parcial) se refleja necesariamente en la reparación del perjuicio, cuyo monto debe ser reducido en la medida en que ha tenido incidencia la concausa" (PIZARRO - VALLESPINOS, Manual de Responsabilidad Civil, Rubinzal Culzoni, 1° edición revisada, año 2019, Tomo I p. 181, 185 y 202/203).

Partiendo de esa base cabe señalar que en el caso, según las pruebas reseñadas, la conducta de la víctima influyó como una concausa del hecho, e interrumpió parcialmente el nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño finalmente producido (art. 1113 segundo párrafo del CC).

Es decir que no todo el perjuicio es materialmente atribuible al demandado ya que el obrar de la víctima también influyó en su extensión.

Por lo expuesto, y conforme las reglas de la sana crítica, estimo procedente distribuir la responsabilidad en el hecho dañoso en un sesenta por ciento (60%) a cargo de CALFUEQUE y en un cuarenta por ciento (40%) a cargo de NAHUELPI, pues la causa material puesta por el demandado fue más influyente en la producción y magnitud del daño que la atribuible al obrar de la víctima:

Si CLAFUEQUE no hubiese invadido el carril ajeno la colisión no se habría producido (por ende no habría daño alguno).



Y si HAHUELPI hubiese viajado con el cinturón de seguridad colocado y sin un bebé en brazos probablemente hubiese resultado de todos modos dañada, pero con menor gravedad, e incluso quizás no se hubiese producido su muerte.

En síntesis, el señor CALFUEQUE, a través de un obrar antijurídico ha causado un daño que le es causalmente imputable en un sesenta por ciento (60%), y por ende es civilmente responsable en esa proporción de la reparación de los daños frente a los damnificados (arts. 1068, 1074, 1077 y 1083 del CC).

Por ello la demanda habrá de prosperar debiendo el responsable resarcir en aquella proporción los daños indirectos causados a los actores tanto en la esfera patrimonial (arts. 1084 a 1086 C.C.) como en la extrapatrimonial (art. 1078), los que se traducirán en una indemnización pecuniaria.

8) Extensión de la responsabilidad civil a la aseguradora:

a) Procedencia

No está controvertida la emisión de una póliza a favor de CALFUEQUE 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 07/05/08, ya que la compañía aseguradora reconoció este extremo y adjuntó el instrumento pertinente (fs. 147/155).

En consecuencia corresponde que la responsabilidad atribuida al demandado sea extendida a su compañía aseguradora en los términos previstos en los arts. 1 y 109 a 120 de la ley 17.418.



b) Límites de la extensión - posición de cada parte

Pero sí está controvertido cuál es el alcance de la obligación de mantener indemne el patrimonio del asegurado.

La aseguradora pide a fs. 156/157 que se tengan en cuenta:

El límite máximo de cobertura.

El hecho de que hay una pluralidad de damnificados, por lo que en caso alcanzarse el límite máximo debe efectuarse una distribución del monto total a prorrata entre todos ellos.

El demandado (asegurado) no se expidió al respecto.

Los actores (terceros damnificados) consideran a fs. 178/186 que el límite máximo de cobertura allí previsto no les resulta oponible. Plantearon para ello inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 21999/92 y 22058/93 dictadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación por diversos motivos ya mencionados en el considerando N° 5 al cual me remito en honor a la brevedad.

A ello la aseguradora replicó a fs. 189/198 aduciendo la validez y oponibilidad de la cláusula de limitación de cobertura, basado en que ello es un instrumento de seguridad jurídica para dar certeza acerca del riesgo asegurado y por ende para mantener el sinalagma contractual.

El Ministerio Público Fiscal dictamina a fs. 483/487 que el planteo de inconstitucionalidad fue incorrectamente formulado porque las normas impugnadas por los actores no fijan límites máximos de cobertura sino pisos mínimos. Agrega que de todos modos el planteo debería ser igualmente desestimado conforme la doctrina sentada por la CSJN en diferentes precedentes que cita.



c) Pluralidad de damnificados

El art. 119 de la ley 17.418 establece que "Si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el asegurador se distribuirá a prorrata. Cuando se promuevan dos o más acciones, se acumularan los diversos procesos para ser resueltos por el juez que previno".

Esa fue una de las razones por las que se acumularon los dos procesos que se habían iniciado por separado (Exptes. N° 24653/09 y 32894/12).

Pero la norma eventualmente requerirá ser aplicada solo entre E. M. y S. M..

No así respecto de otras personas, ya que la acción promovida por los demás damnificados (Expediente N° 24653/09) culminó por declaración de perención de la instancia abierta.

d) Límites máximos pactados en la póliza

Del instrumento adjuntado a fs. 147/155 surge que CALFUEQUE y LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A. pactaron que a cambio del pago de un premio mensual de \$ 310,11 esta se obligaba en los términos del art. 68 de la ley 24.449 a mantener indemne el patrimonio del demandado por cualquier reclamo de terceros derivado de su responsabilidad civil con las siguientes condiciones:

Respecto del capital (ver frente de la póliza y volante F3 de fs. 154):

Sin franquicia mínima

Daños por una persona: hasta \$ 70.000

Daños materiales: hasta \$ 30.000



Máximo por acontecimiento: \$ 100.000

Respecto de los accesorios (ver cláusula 5°) se pactó que el monto de costas (incluidos intereses y gastos extrajudiciales) en ningún caso podrá superar la menor de las siguientes sumas (el excedente queda a cargo del asegurado):

30% del capital reconocido en la sentencia

O bien 30% de la suma asegurada.

Planteo de inconstitucionalidad

La parte actora considera que estos límites no le resultan aplicables.

Para ello formula reproche de inconstitucionalidad de las Resoluciones SSN N° 21999/92 y 22058/93 por los motivos descriptos más arriba que se sintetizan en razones formales (cuestiona la atribución de la SSN para reglamentar la materia y la circunstancia de que las Resoluciones hayan tenido vigencia aún después del dictado de la ley 24.449) y razones sustanciales (cuestiona la aplicación de un límite contra el tercero damnificado).

Cuestionamientos basados en razones formales

Las normas atacadas por la parte actora se encontraban vigentes el día de emisión de la póliza (18/04/08) y el día del siniestro (07/05/08), y perdieron vigencia el 01/09/09 debido a lo establecido en el art. 3 de la Resolución de Superintendencia de Seguros de la Nación N° 34225/09.

Aquellas se dictaron para hacer operativo el art. 67 del Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte aprobado mediante decreto 2254/92 (norma que rigió la materia hasta el



01/02/95 cuando entró en vigencia la ley 24.449 conforme su art. 95).

De este dato no puede extraerse -como hace la parte actora- que las Resoluciones impugnadas hayan perdido vigencia.

Dicho en otros términos, la entrada en vigencia de la ley 24.449 no las abrogó ni mucho menos le quitó atribuciones a la Superintendencia de Seguros de la Nación para reglamentar la materia: por el contrario el Congreso de la Nación ratificó estas atribuciones conforme lo establecido en el art. 68 de la ley al disponer que el seguro obligatorio se regirá por las "condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora", es decir las que resuelva la SSN (arts. 23, 25 y 64 de la ley 20.091).

Por tal motivo el planteo de los actores en lo atinente al aspecto estrictamente formal (es decir al cuestionamiento del órgano emisor de las normas y de la vigencia de estas) es improcedente.

Cuestionamiento basado en razones sustanciales

La parte actora asume que "establecer una tarificación o fijar topes por el daño causado por muerte o lesiones corporales implementando así un régimen especial de responsabilidad civil operativo en el ámbito de su aplicación deviene en inconstitucional" (fs. 180 vuelta).

Esta aserción al partir de una premisa errónea resulta equivocada, ya que no está en tela de juicio que la reparación del daño ocasionado debe ser integral. Lo que surge de la póliza (que fue contratada en los términos de las normas antes citadas) es que sólo hay una limitación respecto de la obligación de la aseguradora de mantener indemne al asegurado:



es decir que por el saldo que exceda el límite (en caso de verificarse esa situación) CALFUEQUE sigue siendo responsable frente a los acreedores, quienes pueden por ello agredir su patrimonio para cobrarse forzosamente.

Es decir el hecho de que la póliza contenga una limitación pecuniaria no transgrede el principio constitucional de la reparación civil integral que deriva del art. 19 de la Constitución Nacional: los acreedores pueden hasta el límite de la póliza optar por ejecutar al deudor y/o a su aseguradora, y por el excedente ir sólo contra aquel.

Asimismo es principio ampliamente reconocido que el tercero (como son aquí los actores) que pretendan invocar a su favor un contrato en el cual no son parte, sólo pueden hacerlo en condiciones en que los contratantes lo celebraron (en el caso CALFUEQUE y LA PERSEVERANCIA).

En este sentido La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado: "sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (artículos 957, 959 y 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (artículo 1022 del Código Civil y Comercial de la Nación)

(...)

los contratos tienen efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros,



excepto en los casos previstos en la ley. Es por ello que aquellos deben ser interpretados en su integridad, lo cual excluye toda exégesis aislada de una cláusula o expresión del negocio. Se impone el deber de observar el lazo íntimo que une a todas las cláusulas, pues no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador (...)

la relación obligacional legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre esta y el asegurado, enlazadas únicamente por el sistema instituido por la ley 17.418 (artículo 118 citado). Ambas obligaciones poseen distintos sujetos -no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación- tienen distinta causa -en una la ley, en la otra el contrato- y, además, distinto objeto -en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado-, en la medida del seguro. La obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente "contractual", y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera **la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización "más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato" carece de fuente jurídica que la justifique** y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil. Ello es así pues el contrato de seguro se sustenta en la observancia de ciertos aspectos técnicos de fundamental importancia para su debido funcionamiento como, por ejemplo, la determinación y mantenimiento del estado del riesgo tomado en cuenta al contratar, al evitar que el asegurado provoque el siniestro, o exagere sus consecuencias, entre otros. Por otra parte, cabe recordar que su contenido está sometido a una ley de tipo



reglamentario que regula minuciosamente los diversos aspectos del contrato” (CSJN en “Flores c Giménez” Falos 340:765).

Particularmente, en uno de los votos del fallo -cuyas conclusiones comparto- se señala con toda claridad: “La distinta naturaleza de la obligación de la aseguradora vis a vis la del asegurado tiene como consecuencia central que su límite no será la medida del daño sufrido por la víctima, sino que -como principio- será o bien aquello exigido por la ley o aquello a lo que se comprometió

(...)

ni de obligatoriedad del seguro prevista por la ley ni de su finalidad social puede inferirse que la cláusula del contrato que limita la cobertura sea inoponible al damnificado. En efecto, el artículo 68 de la ley 24.449 dispone que todo automotor “debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no (...)”. Cuando la letra de una norma es clara no cabe apartarse de su texto (Fallos: 327: 5614; 330: 2286), de modo que si su interpretación no exige esfuerzo, debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Falos: 311:1042). Del tenor literal del artículo citado no surge que la cobertura deba ser integral, irrestricta o ilimitada. La norma dispone, sí, la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para poder circular en un vehículo automotor pero en modo alguno determina cuál deber ser la extensión de la responsabilidad de la aseguradora. Más aún: de acuerdo a las pautas interpretativas mencionadas más arriba, del texto del artículo 68 de la ley 24.449 se deriva con facilidad que la extensión y



las condiciones del seguro obligatorio del automotor serán las que determine la autoridad reguladora.

(...)

El seguro obligatorio del automotor tiene, como muchas otras instituciones jurídicas, una finalidad social que excede el interés individual de los particulares que se encuentran alcanzados por el plexo normativo en cuestión. En este sentido, la regulación de la actividad aseguradora debe tender a salvaguardar fines que benefician a todos y, por supuesto, al bien común. Ahora bien, la finalidad social del seguro de responsabilidad civil, que según la ley y la autoridad regulatoria es tanto proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito como permitir un fácil acceso de la comunidad al seguro, no autoriza per se a los jueces a declarar inoponible al actor el límite de la cobertura pactada entre aseguradora y asegurado

(...)

Es cierto, como ya se sugirió, que en los casos en que el responsable causal, por cualquier razón que fuera, no compense el daño que causó, el límite de cobertura que establezca la póliza seguramente implicará que parte de dicho daño deberá ser soportado por la víctima. Pero el mero hecho de que la víctima cargue con un daño que otro le causó, circunstancia lamentable por cierto, no justifica por sí solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora

(...)

La víctima de un daño es un tercero en relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño,



en tanto no fue parte de ese contrato (arg. artículo 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. Por lo tanto, si la víctima desea invocar el contrato de seguro en su beneficio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la ley 17.418, y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribirse a los términos de la póliza

(...)

no es posible imponer obligaciones a la aseguradora más allá de los términos pactados en la póliza, pues como se dijo la ley establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (Fallos: 319:3489; 322:653). Por lo demás, la oponibilidad de las cláusulas contractuales a los terceros ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054, 3488; 330:3483; 331:379; y causas CSJ 116/2007 (43-0)/CS1 "Obarrio, María Pía cl Microómnibus Norte S.A. y otros" y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008)".

Conforme a ello la pretensión de la parte actora tendiente a exigir a la aseguradora el pago de una suma superior a la que se obligó carece de fuente legal y contractual, e implica la invocación de una obligación sin causa o con un alcance más extenso que la existente, lo cual se halla vedado por el ordenamiento (art. 499 CC).

Finalmente cabe señalar que el argumento esbozado a fs. 184 referido a que el consentimiento del asegurado ha sido



prestado por adhesión y que ello por sí mismo es suficiente para declarar la inoponibilidad del límite tampoco puede tener acogida. Es que ese modo de celebrar el contrato es perfectamente válido (art. 38 ley 24.240). Lo que sí es ilícito es que se pacten cláusulas abusivas que desnaturalicen los derechos y obligaciones de las partes, que contengan una redacción ambigua o que no estén respaldadas en una información clara y veraz brindada al adherente (arts. 4 y 37 de la misma ley y doctrina del TSJ sentada en "Zapata" Ac. N° 6 del 27/05/20), pero ello no fue invocado ni mucho menos probado (por el contrario de su lectura se colige que la cláusula es perfectamente clara, al punto que las tres partes del juicio la han interpretado en el mismo sentido).

Por los motivos que expuso el máximo tribunal del país y que comparto plenamente, los cuales ya había esbozado en el fallo "Buffoni" (337:329 aunque referido a aplicación de cláusulas de exclusión), que ratificó en numerosos precedentes ("Rodríguez Amelia" del 16/10/2019, "Innamorato" del 29/10/2019, "Brendel" del 21/11/2019 y "Pereyra" del 17/12/2019) y que terminó de delinear luego en "Gómez Rocca" (Fallos 344:2002), el reproche de inconstitucionalidad formulado por la parte actora debe ser desestimado.

Conclusión

En consecuencia la condena se extenderá a la aseguradora en los límites del seguro contratado según la póliza obrante a fs. 147/155 y la cláusula descripta en el apartado d) de este acápite.

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.

10) Daño moral:

Resulta atendible la pretensión resarcitoria por el perjuicio moral inferido conforme lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil que estaba vigente el día del suceso dañoso, pues la acción fue entablada por los actores como damnificados indirectos en carácter de descendientes de la persona fallecida (el vínculo se encuentra probado con las actas de nacimiento de fs. 6/7).

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 hijos al haber sufrido la inesperada y violenta muerte de su madre, y la interferencia que se produjo en su proyecto de vida al tener que transitar la etapa de infancia y juventud en ausencia de aquella, todo lo que provocó la vulneración de sus afecciones espirituales legítimas.

Ponderando entonces las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que podrían procurar las sumas que se reconozcan por este concepto entiendo que son un adecuado resarcimiento las sumas reclamadas a fs. 22 (\$ 150.000 a favor de cada hijo).

Pero como la incidencia causal del obrar del demandado en la producción del daño es de un 60% corresponde reducir los límites de su responsabilidad civil a esa proporción, y en consecuencia el rubro prosperará por la suma de \$ 90.000 a favor de cada uno de los actores.

11) Daño psicológico y gastos de tratamiento psicoterapéutico:

Los demandantes reclaman en este acápite el resarcimiento de dos daños bien diferenciados:

* El menoscabo psíquico que los incapacita de manera permanente para la realización de tareas económicamente valorables.

* El costo de afrontar la realización de una terapia que aunque no mitigue aquella minusvalía al menos coadyuve a no agravarla.

11.a) Incapacidad psíquica:



A fs. 365/392 y 394 se produjo la pericial psicológica, 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

Test de Tolouse

Inventario MMPI II

En base a tales operaciones técnicas y exámenes informa que apreció que el estado psíquico de los actores es el siguiente:

Respecto de E. M.: "se infiere una disminución del curso del pensamiento con ideas confusas y poco claras. Se observan sentimientos de desavalimiento y autoestima. Observándose también baja atención, hipobulia (baja voluntad) y momentos de hipomnesia (alteración leve de la memoria) e hipotimia (disminución anormal del tono afectivo). La respuesta emocional está disminuida y es inadecuada a la situación real del sujeto, que además presenta abatimiento, lenguaje inexpresivo y lentitud de movimientos, con pérdida de interés por todo lo que antes le producía satisfacción (...) La batería de test da como resultado una clara alteración en las funciones psicológicas asociadas a un hecho traumático histórico que no pudo ser resuelto y que se mantiene vivo en el psiquismo del joven (...) cumple con los criterios diagnósticos (...) para un cuadro clínico correspondiente a un trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo (...) se



puede inferir que la cronicidad se encuentra instaurada en el actor, así como también la irreversibilidad de su trastorno psíquico. Este estado guarda una relación causal con el hecho de autos (...) Es fundamental que la joven realice un tratamiento del tipo psicoterapéutico a fin de enfrentarse a esta realidad de una manera adecuada. El tiempo de duración del mismo dependerá de la evolución en dicho tratamiento (...) al tomar el baremo descripto por Castex & Silva el joven M. padecería un daño psíquico moderado en un 20%".

Y a fs. 394 despejó dudas sobre el nexo causal explicando: "la vida del Sr. M. fue y es un devenir de hechos traumáticos, los cuales han deteriorado el psiquismo del joven. Esto es la suma de todos los hechos vividos, teniendo en cuenta que la pérdida de un ser tan determinante en la vida de un sujeto como su madre, en la edad que tenía el mismo y la necesidad de presencia de ella es claramente el acto fundamental que instauro el trauma en el joven".

Respecto de S. M.: "Sus porcentajes de concentración y memoria están por debajo de la media, infiriéndose estados alterados de los mismos. Con respecto a las producciones gráficas se observa un incipiente estado de desvalimiento y malestar, proyectando su estado depresivo en las mismas. Lo que como resultado de todo lo analizado y observado se puede inferir que el actor se encuentra atravesando un diagnóstico compatible con F 43.1 (trastorno por estrés postraumático crónico) según el DSM IV. Por lo tanto, puedo inferir que la misma se encuentra atravesando, tomando como parámetro el DSM IV, un "trastorno por estrés postraumático". Es fundamental que la joven realice un tratamiento del tipo psicoterapéutico a fin de enfrentarse a esta realidad de una manera adecuada. El tiempo de duración del mismo dependerá de la evolución en dicho tratamiento. Por último, se puede inferir que tomando



como Baremo el descrito por Castex & Silva la Joven Moscoso tendría un Daño psíquico moderado de un 40%. Asimismo, el valor de la consulta psicológica rondaría los \$1.000”.

Los argumentos señalados por el perito, sostenidos en principios científicos y avalados por las operaciones técnicas realizadas (de las cuales las partes no participaron pese a que pudieron haberlo hecho conforme art. 470 del Código Procesal), hacen que a mi juicio pueda asignársele suficiente valor convictivo en los términos del art. 386 CPCC.

Es que a lo largo de su informe y su ampliación de fs. 394 dio razones científicamente sólidas para respaldar sus conclusiones, indicando la evidencia que tuvo a la vista para ello y que lo llevaron a afirmar la existencia de una minusvalía psíquica en ambos actores y su origen en el siniestro en el que perdió la vida su madre.

De la pericia surge entonces plenamente acreditada la afección padecida a raíz del accidente, así como las consecuencias disvaliosas que implican una disminución de su integridad psíquica (estimada en un 20% respecto de E. M. y un 40% respecto de S. M.) que es valorable pecuniariamente, por lo que el rubro debe prosperar (art. 1068 CC).

Tendré en cuenta también a los fines de la justipreciación del daño en la integridad psíquica:

- La edad de los actores al día en que se produjo el menoscabo (6 y 8 años según surge de fs. 6/7).
- Que las lesiones padecidas implican un detrimento en su integridad psíquica pues le dificultan su vida de relación.



- Que no manifestaron poseer ingresos ya que al día de promoción de la demanda eran menores de edad. Tampoco está probada su ocupación actual ni sus ingresos. Para remover tal obstáculo se considerará el salario mínimo vigente a la época del accidente que era de \$ 980 (fuente consultada sitio web oficial del Ministerio de Trabajo de la Nación www.trabajo.gov.ar/estadísticas).

Ello arroja una cuantificación de \$ 25.000 respecto de E. M. y de \$ 50.000 respecto de S. M..

Pero como la incidencia causal del obrar del demandado en la producción del daño es de un 60%, corresponde reducir los límites de su responsabilidad civil a esa proporción, y en consecuencia el rubro prosperará por la suma de \$15.000 y \$30.000 respectivamente.

Si bien en el caso de S. M. ese monto es mayor al indicado nominalmente en el escrito de demanda (fs. 27) ello no altera el principio de congruencia previsto en el art. 34 inc. 4 del Código Procesal, ya que allí se aclaró que la liquidación se sujetaba a lo que "en más o en menos resulte de la prueba a producirse".

11.b) Gastos de tratamiento terapéutico:

Lo establecido en el acápite anterior no implica que el daño psíquico que los actores padecen sea inmutable, pues de la pericia surge que de no tomarse medidas preventivas el menoscabo puede agravarse.

En tal sentido el perito dictaminó que si bien el daño es ya irreversible -lo que es razonable dado que se produjo durante la niñez en la etapa de formación de la psiquis- es fundamental que ambos realicen un tratamiento



psicoterapéutico a fin de enfrentarse a su realidad de manera adecuada.

Es decir que el tratamiento no tiene como finalidad suprimir el daño (porque ello no es posible) sino evitar su agravamiento, lo que hace descartar la defensa ensayada por la aseguradora respecto a una supuesta duplicidad de los rubros pretendidos (fs. 164 vuelta).

Dado que mantener la integridad psíquica es un interés legítimo y por ende tutelable (aún más los acreedores tienen el deber de no agravar el daño conforme art. 1710 inc. b del actual CCC), es ajustado a derecho que el deudor soporte el costo de las acciones necesarias para lograr aquel fin.

Para justipreciar el monto de la reparación se tendrá en cuenta que las víctimas para evitar la agravación del daño deben realizar una terapia psicológica.

Si bien el perito no pudo estimar la frecuencia y/o duración total del tratamiento, es dable suponer conforme lo normado en el art. 165 del Código Procesal que ello puede prolongarse durante aproximadamente un año.

En consecuencia el monto reclamado a fs. 19 vuelta (\$15.000 por cada actor) luce razonable.

Pero como la incidencia causal del obrar del demandado en la producción del daño es de un 60%, corresponde reducir los límites de su responsabilidad civil a esa proporción, y en consecuencia el rubro prosperará por la suma de \$ 9.000 a favor de cada accionante.

12) Lucro cesante y pérdida de chances

Bajo este rubro los actores pretenden que se les repare la legítima expectativa que tenían de que su madre



continuase ayudándolos económicamente, lo que no podrá cumplirse pues falleció inesperadamente a los 43 años de edad.

Mencionan para ello que tenían expectativa de continuar recibiendo ayuda económica, aunque no mencionan el monto que esperaban recibir.

Este daño se constituyó el 07/05/08 pero sus consecuencias se prolongaron en el tiempo, pues hasta el día de hoy han transcurrido 14 años.

Pero además es un daño cierto y futuro que es razonable estimar que se prolongará al menos hasta la edad en que la madre de los actores -de no haber sucedido el hecho fatal- hubiese cumplido 80 años, lo que ocurrirá dentro de 23 años (ver fecha de nacimiento de la actora consignada en el acta de fs. 9 y lo informado por el INDEC a fs. 258).

Por ello es procedente reparar el primer tramo -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 durante 14 años ya transcurridos y otros 23 a transcurrir, lo que totalizan 37 años.



Respecto a la actividad económicamente valorable que producía la difunta sólo obra en la causa referencia a que era ama de casa (ver relato de fs. 15 y acta de defunción de fs. 27 de la causa penal).

A fs. 277/286 se produjo prueba relativa al salario que percibía una empleada doméstica en el año 2014, pero ello no puede ser tenido en cuenta ya que esa no era la ocupación de la difunta ni tampoco puede tomarse como parámetro válido una remuneración que es 6 años posterior al hecho dañoso.

En consecuencia habrá de tenerse como medida el salario mínimo, vital y móvil a la fecha del deceso que -como se señaló más arriba- equivalía a \$ 980 por mes.

Se tendrá en cuenta que la difunta tenía siete hijos/as respecto de los cuales cumplir una obligación alimentaria, a saber: E. M. (fs. 6), S. M. (fs. 7), Alejandro A. Fernández (fs. 95 - fallecido en el accidente cfr. fs. 27 de la causa penal), D. Ñ. (fs. 91), N. Z. (fs. 92), D. Z. (fs. 94) y C. Z. (fs. 93).

Es decir que, en principio, es razonable esperar que la difunta destinase como máximo \$ 120 mensuales para proveer al sustento económico simultáneo de cada uno de sus 7 hijos/as, sobrándole otros \$ 140 para solventar gastos propios.

El parámetro luce razonable pues toma en cuenta no solamente las ganancias que habría de percibir la difunta 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.) y para su demás hijos, siendo entonces prudente suponer -de acuerdo a lo que acostumbra normalmente a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y conforme lo normado



en el art. 165 del Código Procesal- que aquella podría destinar como máximo el 14,50% de sus ingresos a colaborar económicamente con cada uno de los aquí actores.

Ello arroja un daño de \$ 28.000 respecto de cada uno de los accionantes. Pero como la incidencia causal del obrar del demandado en la producción del daño es de un 60% corresponde reducir los límites de su responsabilidad civil a esa proporción, y en consecuencia el rubro prosperará por la suma de \$ 16.800 a favor de cada accionante.

13) Síntesis de la liquidación:

El monto de la reparación plena determinada asciende entonces a la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS (\$ 276.600) según el siguiente detalle:

Rubro	E. M.:	S. M.
Daño Moral	\$ 90.000	\$ 90.000
Daño psicológico	\$ 15.000	\$ 30.000
Gastos terapia	\$ 9.000	\$ 9.000
Lucro cesante y pérdida de chance	\$ 16.800	\$ 16.800
Subtotal	\$ 130.800	\$ 145.800
Total	\$ 276.600	

A cada capital cabe adicionarle los intereses moratorios que serán calculados desde el día del hecho dañoso (07/05/08) y hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

14) Costas



Las costas serán soportadas por el demandado y por la citada en garantía en su carácter de vencidos (art. 68 del Código Procesal), pero esta última afrontará el pago con la limitación pactada en la póliza es decir hasta la concurrencia de la menor de las siguientes sumas: 30% del capital reconocido en la sentencia o 30% de la suma asegurada.

15) Planteo de aplicación de límite en la responsabilidad por costas con causa en el art. 505 del CC

El Tribunal Superior de Justicia desde antaño consideró inconstitucional la reforma introducida por la Ley nacional N° 24.432, por regular una materia cuya reglamentación se corresponde con una facultad local privativa, y por ende vulnerar atribuciones provinciales reservadas (Acuerdo N° 178/96 "Acuña").

Fundó tal decisión expresando que "el art. 1 de la Constitución Nacional consagra el régimen federal. Su art. 5 determina que cada provincia dictará para sí una Constitución que asegure, entre otras cosas, su administración de justicia. El art. 121, por su parte, establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. Finalmente, el art. 126, entre las facultades que las provincias no pueden ejercer -lo que implica delegarlas al gobierno nacional- menciona el dictado de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, a los que habría que agregar, conforme el art. 75 inc. 12, el Código del Trabajo y Seguridad Social. En cuanto a estos Códigos, este último artículo, en el mismo inciso, determina: `... sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales ...'. Agregando el inc. 32, que corresponde al Congreso Nacional: `hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes ...'. Pero en ningún caso, más allá de lo que le está estrictamente permitido por delegación expresa de



los estados provinciales (...) la Ley 24432 en esencia busca establecer un tope a la condena en costas [...] por lo que resulta imprescindible desentrañar la naturaleza jurídica del instituto de las costas (...) si se observa que las costas son el resultado de un proceso, pues los gastos que la integran se producen como consecuencia del mismo y los renglones más importantes son fijados por el juez, se comprende sin esfuerzo que es una institución de derecho procesal (...) partiendo del reconocimiento de la naturaleza procesal de las costas -abarcativa de los honorarios- ha de concluirse que la ley 24432 invadió competencias propias de los gobiernos provinciales (...) ha sido dictada fuera de los poderes otorgados por la Constitución Nacional al gobierno federal y por consiguiente resulta inaplicable en el ámbito provincial”.

Conforme tal doctrina judicial -cuya aplicación resulta obligatoria- es improcedente el planteo efectuado por la citada en garantía a fs. 165 vuelta.

Por todo lo expuesto,

F A L L O:

I. Haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta, y en su mérito condenando a JOSE MARIA CALFUEQUE a pagar dentro de los diez (10) días de quedar firme el fallo -bajo apercibimiento de ejecución- la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS (**\$ 276.600**) según el siguiente detalle:

a) A favor de **E. M.** la suma de PESOS CIENTO TREINTA MIL OCHOCIENTOS (**\$ 130.800**) con más los intereses reclamados que serán calculados desde el día 07/05/08 hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.



b) A favor de **S. M.** la suma de PESOS CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS (**\$ 145.800**) con más los intereses reclamados que serán calculados desde el día 07/05/08 hasta el efectivo pago a la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

II. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 21999/92 y 22058/93.

III. Haciendo extensiva la condena a la citada en garantía LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A. en la medida del contrato de seguro (artículo 118 de la ley 17.418) según lo desarrollado en el considerando N° 8.

IV. Imponiendo las costas a cargo del demandado y de la citada en garantía en su carácter de vencidos (art. 68 del Código Procesal), pero esta última afrontará el pago con la limitación pactada en la póliza es decir hasta la concurrencia de la menor de las siguientes sumas: 30% del capital reconocido en la sentencia o 30% de la suma asegurada.

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

VI. 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).

VII. REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE personalmente o electrónicamente.

Dr. Luciano Zani - Juez subrogante



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. Santiago Montorfano - Secretario