

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los 24 días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario las Señoras Jueces que integran la Sala I “Año 2016” de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, **Dras. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI** y **TELMA C. BENTANCUR**, encontrándose inhibida la Dra. **VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN**, para pronunciar sentencia definitiva en la causa “**OTAZU OLGA JOSEFINA Y EN RESP DE S C/ MENDOZA RICARDO Y OTROS S/ ORDINARIO**” (Expte. N° 11.033/16, registro de Cámara), venida del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 3 (Expte: 00399 Año: 08) en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 582, 583 y 584 (foliatura rectificada) por la actora, la Compañía de Seguros “San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales” citada en garantía y la co-demandada Provincia de Formosa, respectivamente, contra la sentencia obrante a fs. 564/576 vta. (foliatura rectificada), los cuales fueron concedidos libremente a fs. 585 (foliatura rectificada).

El orden de votación es el siguiente: **Dras. TELMA C. BENTANCUR** y **MARÍA EUGENIA GARCIA NARDI**.

RELACION DE LA CAUSA:

La Dra. Bentancur dijo:

Olga Josefina Otazu, por sí y en representación de su hijo menor, Angel Eduardo Romero, inicia formal demanda contra Ricardo Mendoza y el Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas de la Provincia de Formosa y/o quien resultare propietario y/o guardián del vehículo dominio FPG161, solicitando la citación en garantía de la compañía San Cristóbal S. M. de Seguros Generales, a fin de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de Eduardo Romero, ocurrida en el accidente de tránsito que sufriera el día 11 de noviembre del año 2007, aproximadamente a las 17,00 horas, en circunstancias en que, trasladándose en una motocicleta, al ingresar desde una calle vecinal a la Ruta N° 86, en cercanías de la Estación de Servicios YPF, próxima al ingreso a la principal avenida de la localidad de El Espinillo de esta Provincia, es embestido violentamente por la camioneta Chevrolet S10 2.8 TDI STD 4x4, cabina doble, dominio FPG161, propiedad del Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas de la Provincia de Formosa, conducida por Ricardo Mendoza. Reclama en nombre de su hijo Angel Eduardo Romero la suma de pesos trescientos cincuenta y un mil (\$ 351.000) en concepto de lucro cesante, pesos trescientos cincuenta mil (\$350.000) en concepto de daño moral y pesos cincuenta mil (\$50.000) en concepto de daño psicológico. En nombre propio reclama, como concubina de la víctima, la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000) en concepto de lucro cesante, pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000) en concepto de daño moral, pesos sesenta mil (\$60.000) en concepto de daño psicológico, y pesos cinco mil trescientos cincuenta (\$5350) en concepto de daño material (\$5.000 por daños a la motocicleta y \$350 por daños a la ropa del occiso).

Los hechos en que la accionante funda la acción y demás alternativas de la causa acaecidas en la inferior instancia, hasta llegar a la sentencia, se encuentran relatados en los “Resultandos” de la misma, a los que cabe remitirse por razones de brevedad y por reputarse lo allí expuesto suficiente a los fines de la resolución del recurso en análisis. En consecuencia, se hará referencia al fallo apelado y a lo actuado con posterioridad a dicho pronunciamiento.

En la sentencia, obrante a fs. 564/576 vta. (foliatura rectificada) la A-quo resuelve desestimar la defensa de declinación de cobertura planteada a fs. 106/117 por San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales y hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por Olga Otazú, por sí y en

representación de su hijo menor Angel Eduardo Romero, condenando in solidum a los demandados Ricardo Mendoza, Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas de la Provincia de Formosa y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, a que en el término de diez (10) días de adquirir firmeza el pronunciamiento, y de acuerdo a la distribución de responsabilidad en el accidente (70% al conductor de la camioneta y 30% a la víctima) abonen a la accionante la suma total de pesos doscientos treinta y ocho mil doscientos ochenta (\$238.280), más los intereses calculados de acuerdo a la tasa activa para operaciones de préstamo del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago. Desestima las demás pretensiones y declaración de plus petitio inexcusable y condena en costas a los demandados vencidos en orden al principio objetivo de la derrota (art. 68 y concordantes del CPCC), posponiendo la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se practique la liquidación con accesorios (art. 56 y concordantes de la Ley 512).

Notificadas las partes del fallo en cuestión, el mismo es apelado por la actora, la compañía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales y la co-demandada Provincia de Formosa, siéndoles concedidos los recursos libremente.

Elevados los autos a la Alzada, son puestos en Secretaría para que las partes apelantes expresen agravios dentro del término de diez (10) días, dándose intervención a la Asesora de Menores e Incapaces de Cámara.

A fs. 588 la co-demandada Provincia de Formosa desiste del recurso de apelación oportunamente interpuesto, lo que se tiene presente para su oportunidad.

A fs. 593/606 vta. la actora expresa agravios y a fs. 608/611 hace lo propio la compañía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales citada en garantía. Corrido traslado de los escritos respectivos, contestan a fs. 613/615 el demandado Ricardo Mendoza, a fs. 617/618 vta. la compañía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales y a fs. 619/619 vta. la actora, por lo que a fs. 620 se corre vista a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces de Cámara y se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme, obrando el dictamen de la citada funcionaria a fs. 621. Consecuentemente, los recursos se encuentran en condiciones de ser resueltos.

La Dra. García Nardi dijo: Adhiero a la relación de la causa que antecede.

CUESTIONES A RESOLVER:

La Dra. Bentancur dijo:

Propongo como cuestiones a resolver las siguientes: ¿Es procedente en su aspecto formal el recurso interpuesto?. En su caso, ¿Es ajustada a derecho la sentencia recurrida?, y ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

La Dra. García Nardi dijo: Adhiero a dichas proposiciones.

ALAS CUESTIONES PLANTEADAS:

La Dra. Bentancur continuó diciendo:

El criterio de esta Alzada es que por su naturaleza – actos procesales – los recursos son susceptibles de extinción en presencia de la expresa manifestación de desistimiento de quienes lo interpusieron, sin que resulte necesario para ello la observancia de formalidades especiales (Causa: “Cantero, Plácido”, Fallo N° 2659/92). En consecuencia, corresponde tener por desistida a la codemandada Provincia de Formosa del recurso de apelación deducido a fs. 584 contra la sentencia obrante a fs. 564/576 vta. (foliatura rectificada).

Este Tribunal valora la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne los requisitos necesarios para mantener el recurso de apelación, con un criterio de amplia tolerancia, por ser el que mejor armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por el art. 263 del CPCC con la garantía constitucional de la defensa en juicio. Además, en caso de duda acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener por cumplida la susodicha carga (CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 16/9/97, Rep. La Ley, 1998-2183, N° 287 y LLLitoral, 1998-I-1058).

Por tanto, cumpliendo los escritos de expresión de agravios presentados por los recurrentes las exigencias procesales, cabe entrar a la consideración de los mismos.

La actora se agravia de que en el fallo recurrido se haya atribuido, inmotivadamente, un treinta por ciento (30%) de responsabilidad a la víctima, cuando claramente el evento dañoso fue producido por la excesiva velocidad desarrollada por la camioneta y la gran cantidad de personas que venían en el interior de la misma, lo que llevó a que su conductor Mendoza perdiera el control del vehículo cuando en una recta no detuvo el rodado al observar que ingresaba una motocicleta a la ruta. Considera que de ninguna manera puede entenderse acreditado que la víctima al momento del impacto no haya contado con casco protector, así como tampoco puede presumirse que el deceso se haya producido por algún golpe en la cabeza, dado que el impacto fue de frente y, aunque hubiera tenido casco, el desenlace se hubiera producido de todas maneras, de tal modo que surge incuestionable que, a nivel de la causalidad adecuada que se debe analizar en este aspecto, ninguna incidencia hubiera podido tener la falta de casco, ya que, por la velocidad con que avanzaba el vehículo, y la zona de impacto, de todas maneras irremediablemente se hubiera producido el deceso, de acuerdo a todas las lesiones que da cuenta la autopsia agregada al proceso penal. Sostiene que, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva generada por el riesgo de la cosa, debía demostrarse la culpa exclusiva de la víctima, lo que en el caso no ocurre, siendo claro que el evento se produjo por las infracciones en que incurrió el conductor de la camioneta, determinadas en el fallo, sin que se pueda considerar negligente el obrar de la víctima al ingresar a la ruta, puesto que lo hizo cuando la camioneta aún estaba lejos, como claramente lo reconoce el conductor de la misma, Mendoza, por lo que ninguna culpa puede atribuirse a aquella en el hecho, debiendo imponerse la responsabilidad, en un cien por ciento, al conductor del rodado de mayor porte, señalando que en las actuaciones penales claramente se ha determinado la responsabilidad del mismo, lo que hizo que la causa llegara incluso hasta el juicio oral. Consecuentemente, el fallo recurrido se basa en la sola voluntad de la juzgadora, habiendo las partes contrarias planteado la eximición de responsabilidad, no la suerte de disminución del daño como determina la A-quo, resolviendo más allá de los planteos efectuados por las partes. Se queja de la falta de actualización monetaria en virtud de que, a casi más de nueve años de la fecha del hecho, es claro que fijar sumas de dinero estimadas en dicha época, sin realizar el ajuste correspondiente, es realmente confiscatorio, citando jurisprudencia. Entiende que surge incuestionable el deber de actualizar por la depreciación económica sufrida, planteando la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 25.561. Realiza cálculos de la pérdida de valor sufrida por la moneda y consigna las sumas a la que ascienden los montos actualizados, a cuyo efecto puntualiza que por gastos de subsistencia se le otorga a su parte \$50.000, menos de la mitad de lo que se había requerido, dado que se demandó \$ 150.000, peticionando se amplíe este rubro y se acoja la suma oportunamente reclamada, que por la devaluación asciende en la actualidad a \$2.259.000 (que resulta de multiplicar \$150.000 por el valor que actualmente tiene el dólar), todo ello con más los

intereses correspondientes desde la fecha del hecho. En relación al rubro daño psíquico también se agravia de la suma concedida por irrisoria, dado que se había reclamado en el 2007 la suma de \$60.000, que actualizada rondaría a la cantidad de \$900.000, habiéndose fijado el resarcimiento, para ella y su hijo, en \$20.000, cuando la pericia psicológica ha demostrado la existencia de un daño autónomo y la necesidad de tratamiento de los problemas que irremediablemente genera en ellos los trastornos de personalidad diagnosticados. Reclama asimismo que el pronunciamiento no discrimina cuanto se otorga a cada uno de los reclamantes, madre e hijo, sino que los establece en forma conjunta, siendo indispensable su determinación puntual. Critica el rubro gastos de subsistencia al menor, dado que la suma fijada, \$115.200 cuando en la demanda se peticionó \$351.000, aparece claramente desactualizada, calculando que, a valor dólar, el monto reclamado asciende a la cantidad de \$5.265.000. Igualmente indica que, aún actualizado desde la fecha del hecho en base a la tasa activa, la suma determinada aparece absolutamente infundada, teniendo en cuenta la edad del menor al momento del deceso, quien contaba con tan solo seis años, y la productividad del Sr. Romero, que tenía 34 años al momento de su fallecimiento, siendo elocuente que el fallo impugnado no ha tenido en cuenta estas pautas objetivas, que surgen del solo hecho de efectuar un cálculo hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, con lo cual debe elevarse el monto fijado y actualizar el mismo. Se queja nuevamente del monto otorgado como resarcimiento por daño psíquico al menor, reiterando los argumentos ya mencionados, y critica el monto otorgado como resarcimiento por daño moral al menor atento al daño sufrido, a cuyo efecto señala que la pérdida de un padre a la edad del seis años marca a fuego, debido a que gran parte de su vida el niño tendrá que afrontar sin la figura paterna, que no sólo constituye un soporte económico sino fundamentalmente espiritual, determinando ello un agravio moral de magnitud, siendo notorio lo irrisorio de la suma fijada ante el informe psicológico de fs. 379/399, por lo que corresponde se admita la suma reclamada, \$350.000, que actualizada asciende a \$5.250.000. Finalmente se agravia del rechazo del daño moral a su parte, planteando la necesidad de la aplicación en este aspecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que otorga legitimación a la concubina, en virtud de la aplicación del art. 7 del mismo, que regula la aplicación del derecho transitorio en las relaciones de consumo, a cuyo efecto explicita la relación existente entre la víctima de un accidente de tránsito y la actividad aseguradora, concluyendo que la misma está expuesta a esa relación de consumo existente entre el proveedor profesional (la aseguradora) y el asegurado. Para el supuesto de que no se entienda que la víctima de un accidente de tránsito en relación al contrato de seguro no es un supuesto de relación de consumo, plantea la inconstitucionalidad del art. 1092 del Código Civil y Comercial, solicitando se aplique la normativa que define la relación de consumo en los términos de la ley 24240 y su modificatoria 26361, que preveía e incorporaba a la relación al denominado bystander, dando las razones para ello. Asimismo plantea la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código de Vélez Sársfield, fundamentando el pedido, por lo que solicita se admita el rubro daño moral por el total reclamado, comprendiendo la depreciación monetaria sufrida, con más los intereses correspondientes.

La citada en garantía, San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, se agravia de la valoración de las pruebas realizada por la A-quo, la que entiende errónea y arbitraria, llevándola a un decisorio desacertado, dado el accidente ocurrió claramente por culpa exclusiva y excluyente de la víctima, no correspondiendo atribuirle ninguna responsabilidad al conductor de la camioneta, Sr. Mendoza. Entiende que la víctima cometió infracciones graves, sancionadas severamente por las normas de tránsito, intentando acceder desde un acceso vecinal a una ruta nacional sin cerciorarse si

tenía expedito el cruce, haciendo caso omiso a la advertencia del conductor de la camioneta (bocinazos), realizando un intento y retrocediendo, cuando ya estaba cerca la camioneta, e interponiéndose en la línea de marcha de ésta (conducta suicida), con lo cual violó el principio de confianza del conductor del vehículo, quien al ver que retrocedió en el primer intento creyó que aquella le cedía el paso. Otra infracción grave cometida por el occiso fue el no uso del casco protector obligatorio, dado que de haberlo tenido puesto, seguramente hoy estaría con vida, ya que las lesiones que produjeron su deceso fueron ocasionadas por el golpe de la cabeza en el parabrisas del rodado de mayor porte, concluyendo que se violó el principio de congruencia por parte de la Inferior, por cuanto si bien expuso las conductas de ambos protagonistas del accidente, arribó a un decisorio errado, debiéndose revocar el pronunciamiento y rechazar la demanda por culpa exclusiva y excluyente de la víctima en el accidente que le costó la vida, que no se hubiera producido sin la conducta asumida por la misma. Se agravia asimismo de la suma otorgada al menor en concepto de reparación por el daño moral, calculada a la fecha del accidente, la que estima excesiva y que no guarda relación alguna con sumas otorgadas por este Tribunal en casos de similares características, solicitando su reducción. Igualmente se queja de que son desproporcionados los montos otorgados por valor de reposición de la motocicleta, destrucción total de la vestimenta de la víctima, lucro cesante y daño psíquico, ya que si se aplican las tasas establecidas por la A-quo el cálculo arroja, en el caso de la motocicleta y de la ropa, un valor superior al valor de mercado en la actualidad, solicitando, para el caso de que no se rechace la demanda, la reducción de los montos concedidos y su adecuación a la fecha de ocurrencia del accidente.

Por razones metodológicas corresponde en primer lugar analizar la responsabilidad asignada al conductor de la camioneta y a la víctima, a los fines de considerar una eventual revisión, dado que tanto la parte actora como la citada en garantía se agravian de tal adjudicación.

A tal efecto corresponde señalar que, dada la fecha de ocurrencia del hecho que motiva estas actuaciones, tanto la responsabilidad como las consecuencias derivadas de ella deberán ser analizadas en orden a las previsiones contenidas en el anterior Código Civil (conf. art. 7 del Código Civil y Comercial ley 26.994 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, sentencia del 10 de febrero de 2017, Partes: A. D. G. y Otros c/Conductor y/o Titular del camión Dominio SCV946 y Aco y otros s/daños y perjuicios, Cita: MJ- JU-M-103710-AR/MJJ103710/MJJ103710 y la misma Sala en autos caratulados : “Benítez Pamela Laura Noemí c/Arrieta Roberto Sergio y otros s/daños y perjuicios”).

Establecido ello, se advierte, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los accidentes de tránsito en que participan motocicletas, como ocurre en el sub-lite, que se aplica la teoría del riesgo creado en su plenitud. Como lo indica la doctrina, si bien es cierto que las motos se desplazan a motor y son capaces de desarrollar altas velocidades, muchas veces superiores a las de un automóvil y sin duda, a las máximas permitidas para la totalidad de los vehículos, sin embargo, carecen de estructuras defensivas para el conductor, lo que las torna más vulnerables. O sea que en ese sentido tienen una peligrosidad pasiva similar a la de la bicicleta por la ausencia de protección respecto del cuerpo de sus pasajeros y la necesidad de conservar el equilibrio. Sin embargo, ello no es suficiente como para suprimir la aplicación de la doctrina que propicia el riesgo recíproco, o de la acumulación de riesgos o de la doble pretensión indemnizatoria previsto en el art. 1113, párr. 2º, parte 2a. del Código Civil (conf. Beatriz A. Areán, “Juicio por accidentes de tránsito”, T 2, pág. 801, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006).

Por ende, acreditada en el caso la ocurrencia del hecho dañoso, la participación en él de la camioneta, y presumiéndose el riesgo o vicio de la misma, y la relación de causalidad entre tal

participación y los daños sufridos, se puede presumir la responsabilidad del dueño o guardián del vehículo. Rigiendo la responsabilidad objetiva, el dueño o guardián del automotor es quien debe demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder para eximirse de responsabilidad.

Al respecto se ha dicho: Cabe confirmar la sentencia que encuadra la responsabilidad del automovilista que embistió a una motocicleta en el párr. 2° del art. 1113 del Cód. Civil, toda vez que en el supuesto de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de vehículos en movimiento no corresponde encuadrar la responsabilidad bajo la órbita del art. 1109 del Cód. Civil (CNCiv., Sala H, 28/9/05, “Darderi, Luciani E. c. Capelo, Luis A. y otro”, LL, On Line, voces: “Responsabilidad del dueño” – Propietario – Guardián de la cosa”, sum. 93). Tanto la Corte Suprema Nacional como su par provincial han venido reiterando de modo coincidente – y esta Sala adhiere - , que el factor de atribución de la responsabilidad civil en materia de accidentes de tránsito es el riesgo creado, por lo que la cuestión se emplaza en la preceptiva del art. 1113, párr. 2° del Cód. Civil, de manera que el dueño o guardián de la cosa riesgosa cuya actuación produjo el daño es responsable, salvo que demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero constituye la causa del menoscabo y ello ha obrado como factor interruptivo, total o parcialmente, de la relación de causalidad (Cám. Apel. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 9/10/03, “ La Terra, Jorge Luis y otros c. Sanz, José Luis s/Daños y perjuicios”, eDial- AA1B60).

Ahora bien, la prueba para destruir total o parcialmente la presunción legal de responsabilidad debe ser categórica y de plena convicción. En el primer supuesto originará la exclusión de responsabilidad y, por consiguiente, el rechazo de la demanda, en el segundo la concurrencia de culpas con el demandante (conf. Héctor Eduardo Leguisamón, “Derecho Procesal de los Accidentes de Tránsito”, Tomo II, pág. 19, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2013).

De acuerdo a ello, en el sub-lite hay elementos de ponderación que cierta y seriamente demuestran la culpa de la víctima, obrando como causal liberatoria, en la forma determinada por la Juez de grado.

En efecto, no puede negarse la maniobra imprudente del motociclista, que desde un camino vecinal ingresó a una ruta nacional, sin advertir, pese a no existir ningún obstáculo que obstruyera su visual, la presencia de la camioneta que lo embistió ni bien pretendió acceder a la misma, de acuerdo al croquis obrante a fs. 3 del expediente penal, donde se señala el posible lugar de impacto, y a las huellas que se observan en los vehículos, ya que la motocicleta presenta la parte frontal destrozada y la camioneta el parabrisas fragmentado del lado derecho (lado del acompañante), según se consigna en el Acta de Constatación obrante a fs. 1, con lo cual surge claramente que contribuyó a la producción del accidente (conf. Expte. N° 123/2001 de la Excm. Cámara Primera en lo Criminal y N° 1121/07 del Juzgado de Instrucción y Correccional N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial – Clorinda -, caratulado “Mendoza, Ricardo s/Homicidio Culposo”).

Sobre el particular se ha expresado: El absoluto respeto a la prioridad de paso es aún más imperativo en las carreteras que en las bocacalles de la ciudad, puesto que en las rutas las velocidades son mayores, los accidentes más difíciles de evitar y los daños más graves. Por ello, quien desde un camino accesorio intenta acceder a una ruta principal debe extremar la prudencia, debiendo abstenerse de ingresar a la ruta principal hasta que esté seguro de que podrá hacerlo sin riesgos, es decir, que no

deberá intentar el cruce si se aproximan vehículos por la ruta (Cám. Apel. Civ. y Com. Río Cuarto, 31/8/92, “Más, Oscar S. c. Orihuela, Juan C.”, LLC, 1993-467).

Entiendo que la conducta del motociclista, que evidentemente pretendió acceder a la ruta desde un camino lindero sin verificar la factibilidad de la maniobra (en el caso se colocó delante del rodado de la demandada) para no constituirse en obstáculo para los vehículos que circulaban por el camino principal, constituye un dato dirimente para atribuirle la cuota de responsabilidad que se le asigna en el pronunciamiento apelado.

Con respecto a la circulación en motocicleta en forma antirreglamentaria, sin casco protector, este Tribunal, en el Fallo N° 6735/2001, dictado in re “Moreno Vda. De Barslund, Estelvina c/Antonia Aidee Giménez y Bonifacio Rubén Eduardo y/u otro s/Daños y Perjuicios” (Expte. N° 4643/01, registro de Cámara), ha dicho que “El no uso de tal adminículo ha venido suscitando en jurisprudencia y doctrina una interesante discusión, ya que por un lado se alza la opinión respecto a que el uso del casco queda reservado a la propia esfera personal del conductor, ya que es una conducta exenta de la autoridad de los legisladores, toda vez que con la decisión negativa no se causa daño a tercero...en tanto por otro lado nos hallamos quienes entendemos que el circular sin casco implica una negligencia que da relieve a una circunstancia que influye en la incidencia causal de las consecuencias del accidente, esto es en los daños y perjuicios padecidos... El quid de la cuestión radica en analizar la incidencia real y efectiva que ha tenido la ausencia de tal elemento protector, relacionándolo con las lesiones sufridas, ya que si la víctima no sufrió concretamente lesiones en su cabeza, mal puede atribuírsele algún tipo de responsabilidad o concurrencia de culpa”. Este criterio se sostuvo asimismo en Fallos Nros. 10.040/2005, 11.337/2006 y 11.889/2007.

Teniendo presente ello, cabe citar las conclusiones del examen cadavérico, obrante a fs. 20/20 vta. del expediente penal, donde se consigna que el occiso sufrió aparente fractura parieto – frontal izquierda, fractura malar izquierda, fractura múltiple de mandíbula, herida contuso cortante en la cara del lado izquierdo de 10 cm. de longitud, paralelas entre sí, excoriación y equimosis región infraclavicular de 7 x 5 cm., lado izquierdo, herida cortante en la mano izquierda de 2 x 3 cm. en el dorso del 4to. metacarpiano, fractura de tibia peroné 1/3 medio del lado derecho, excoriación en el tercio superior de la tibia derecha y lateral interna de la rodilla derecha. Muslo derecho, cara anterior, tercio superior, excoriación apergaminada de 4 x 5 cm. de diámetro. En la ingle derecha avulsión de los tejidos de la zona; región inguino crural izquierda, excoriación de 5 x 5 y hematoma; disyunción de la sínfisis pubiana, de aproximadamente 10 cm. Atento a las combinaciones de las distintas clases de contusiones, simples y complejas, y particulares, la causa de muerte en lo inmediato consistió en hemorragias internas y externas, fracturas múltiples y desgarros visceros vasculares, lesiones de órganos nobles como corazón, pulmón, sistema nervioso central, produciéndose el deceso por paro cardiorespiratorio por politraumatismo.

Como puede apreciarse, el no uso del casco no tiene la incidencia pretendida por la citada en garantía apelante en orden a la atribución de responsabilidad en el porcentaje determinado, dadas las múltiples lesiones sufridas por la víctima, entre ellas las correspondientes a órganos nobles, como el corazón y pulmón.

Sin embargo, la circunstancia de circular por una ruta, y la prioridad que se otorga a los automotores que transitan por ella, no excusaba al conductor de la camioneta de adoptar razonables medidas de precaución, conservando el dominio del vehículo con la finalidad de prever imprudencias de

terceros. Por ende, debió estar atento a la evolución del tráfico y extremar el cuidado atento a las circunstancias de tiempo y de lugar, ya que se trataba de un lugar poblado (acceso a la Colonia Loro Cue, localidad de El Espinillo de esta Provincia), encontrándose el Barrio YPF a escasos metros sobre la misma banquina, según figura en el acta de constatación del expediente penal, con lo que le era exigible un mayor nivel de prudencia, reduciendo la velocidad y adecuando las precauciones necesarias ya que el vehículo podía ser causa de accidente. El conductor debe conducir siempre de tal manera que, aún ante imprevistos, pueda mantener el dominio del vehículo; como dice Llambías, "...se considera que incurre en culpa el automovilista que no mantiene en todo momento bajo su control el vehículo que conduce, de modo de poder superar las contingencias que se le presentan en el curso de su recorrido" (Cám. Apel. Tucumán, 4/9/98, "Pintos, Eduardo c. Gobierno de la provincia s/daños y perjuicios – Contencioso Administrativo", elDial –BB3B39).

Reviste particular relevancia la declaración testimonial prestada a fs. 9 del expediente penal por Jorge Faustino Pagnaic, quien expresa : *"...Que en el día de la fecha, siendo aproximadamente las 16, 45 horas, en circunstancias en que viajaba en la camioneta doble cabina, de color gris, Marca Chevrolet, dominio FPG-161, conducido por su cuñado RICARDO MENDOZA, por la Ruta Nacional Nro. 86, sentido de circulación Oeste Este, antes de llegar a la segunda entrada hacia una Colonia el dicente puede observar que una persona de sexo masculino, que estaba al mando de una motocicleta de color rojo que circulaba por un camino vecinal, por lo observado sentido de circulación Sur Norte, con intenciones de subir sobre el asfalto, en un primer momento ésta persona alcanza a hacer subir solamente la rueda delantera de la motocicleta, y luego el rodado se vuelve hacia atrás, ante tal situación Mendoza disminuyó la marcha de la camioneta y luego volvió a acelerar por que como lo mencionó anteriormente el conductor de la motocicleta hizo de alguna manera que la misma se volviera hacia atrás, y en forma repentina este sujeto sube hacia la cinta asfáltica, y MENDOZA para evitar colisionar al mismo, realiza una maniobra hacia el carril contrario de circulación en la que circulaba, frenando el vehículo para evitar volcar ya que venía a alta velocidad y con varias personas que viajaban en la carrocería de la camioneta, pero fue inútil ya que impactó al mismo..."*.

Ello evidencia que el conductor de la camioneta pudo advertir la presencia del motociclista, y aún cuando éste haya realizado un intento de acceder a la ruta retrocediendo después, para volver a subir al camino, ello no justifica el agravio de la aseguradora citada en garantía, que pretende, en virtud de esta circunstancia, que no se le atribuya ninguna responsabilidad al citado conductor, aduciendo que la víctima violó el principio de confianza del mismo. Haciendo referencia a tal principio se dijo: El actuar de una manera confiado en que el otro conductor actúe de acuerdo a las reglas de prudencia y respeto a las normas que le incumben (bajo el denominado en la doctrina penal "principio de confianza") debe terminar ante la observación de que tal sujeción no se produce, emergencia ante la cual debe actuarse controlando el vehículo sin dejar librado al azar la concreción o no del choque (conforme Sumario de Fallo de fecha 28 de marzo de 1998 mencionado en el sitio www.saij.gob.ar accidente de tránsito – culpa penal- principio de confianza – suj0101364/123456789 –Dabc-defg4631-01ojsairamus).

Por otra parte, no puede ignorarse la suspensión del juicio a prueba dispuesta en la causa penal, a fs. 321/321 vta. de la misma. Si bien el art. 76 bis del Código Penal dispone que el ofrecimiento de reparación "...no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente", el antecedente acaecido en sede penal no puede quedar excluido del contexto probatorio, resultado muy difícil compaginar el cuestionamiento de la citada en garantía referido a la culpabilidad del conductor de

la camioneta cuando ha mediado por parte de éste aquel ofrecimiento en sede penal (conf., en tal sentido, Eduardo Ignacio Saux, “La suspensión a prueba del proceso penal y su prejudicialidad respecto de la acción resarcitoria civil”, en JA 1995-II-707 y siguientes).

Como se aprecia, tanto la víctima como el conductor de la camioneta actuaron con culpa, ya que éste último, con una normal y prudente atención a las vicisitudes del tránsito, y circulando a las velocidades adecuadas a las condiciones de tiempo y lugar, hubiera podido frenar a tiempo o sortear el obstáculo sin riesgos ni daños para nadie, por lo que la cosa juega un papel causal relevante en la causación del daño, debiendo su titular responder así sea parcialmente, de acuerdo a la índole del hecho generador de responsabilidad, dado que de ninguna manera puede sostenerse que fue súbita e imprevisible la presencia del obstáculo en la marcha del rodado. A su vez no puede soslayarse la culpa concurrente de la víctima, correspondiendo aplicar la eximente parcial de responsabilidad, ya que el acaecimiento del accidente de tránsito puede atribuirse en parte a su inadvertencia sobre lo inapropiado de acceder a la ruta ante la proximidad de la camioneta, no ajustándose a derecho imponer el total indemnizatorio a la parte demandada, como pretende la actora en sus agravios. El principio de autorresponsabilidad implica que el damnificado debe asumir las consecuencias de su propio obrar no diligente (Tanzi, Silvia Y., Nuevamente la culpa de la víctima y el riesgo conviven en un fallo, LL 1999-D-533), dado que la culpa de la víctima es uno de los supuestos de causa ajena, que determina la ausencia total o parcial de relación de causalidad, entre el hecho imputado al demandado y el daño de cuya reparación se trata (CNCiv., Sala C, 5/7/85, “García Jurado, Eduardo E. T. c/Municipalidad de la Capital”, LL 1986-A-648, J. Agrup., caso 5550).

Ahora bien, como dice Groutel, *“La víctima debe mostrarse digna de la ventaja que le concede la ley...En un sistema de derecho a la indemnización, no toda culpa de la víctima la vuelve necesariamente indigna de ser indemnizada. Hay espacio para una jerarquía de culpas – algunas son más graves que otras -, y la causalidad de la culpa de la víctima, debe desde luego ajustarse al grado de gravedad de su culpa”* (conf. Marcelo J. López Mesa - Félix A. Trigo Represas, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Cuantificación del Daño, pág. 696, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006). En este sentido, juzgo adecuado el porcentaje de responsabilidad atribuido a la víctima por la A-quo en el fallo recurrido, ya que, valorando el cuadro total de la conducta de los protagonistas del accidente, surge claro que el acontecimiento no fue imprevisible e inevitable para el conductor de la camioneta, quien no obró con la cautela debida, cabiéndole una mayor cuota de reproche al no haber tenido la pericia conductiva necesaria, requisito implícito en el seno de la vigente ley de tránsito.

Jurisprudencialmente es un criterio constante que sobre todo conductor pesa la obligación de conservar el pleno dominio de su vehículo, guiarlo con el máximo de su atención y en situación de eludir con éxito las circunstancias que presenta el tránsito cotidiano. Se ha precisado que mantener el dominio del automotor implica encontrarse en condiciones de poder detener el vehículo y sortear con éxito los obstáculos que se presentan en el tránsito. El dominio del rodado no se refiere únicamente al control mecánico del mismo sino a la posibilidad de maniobra según las circunstancias del evento; más exigible aún es el deber de obrar con prudencia en vías de circulación rápida e intensa, para poder maniobrar con eficacia y ponerse a cubierto de actitudes inadecuadas de terceros. No se debe actuar en la suposición de lo que va a hacer el otro, porque ello implica una especie de transferencia de responsabilidad, cuando en realidad lo que compete es que cada uno asuma la propia. Tal vez éste sea imputable a una particular cultura de tránsito, que es la de creer que siempre se tiene el derecho y nunca

el deber. Es menester recordar, por lo demás, que numerosos pronunciamientos han consagrado tal regla, resolviendo que la omisión de tal deber de conservar en todo momento el efectivo dominio del automotor, pudiendo detenerlo ante cualquier evento o emergencia, comporta una “culpa” del conductor, suficiente para responsabilizarlo por los daños y perjuicios que así pudiese ocasionar, aunque sea parcialmente (conf. fallos mencionados por Trigo Represas – López Mesa en obra mencionada, pág. 776).

Ante la diferencia en la influencia causal de cada uno de los intervinientes en el accidente, no logran los agravios de los recurrentes conmovir los fundamentos del fallo en este punto.

Si bien es cierto que resulta verdaderamente difícil reproducir la mecánica de una colisión entre vehículos, toda vez que se produce súbitamente y como consecuencia de ciertas alternativas que luego ni los mismos protagonistas pueden reproducir fidedignamente, no lo es menos que en algunos casos – a pesar de dicha dificultad – las circunstancias que llevaron al acaecimiento del siniestro pueden ser reproducidas con escaso margen de error en virtud de la prueba rendida y conforme la valoración que de ella pueda hacer el juzgador conforme lo prescripto por el art. 386 del ordenamiento ritual (383 en el orden local) – C. N. Esp. Civ. y Com. (C. F.), Sala IV, 31-3-80. Fernández Martínez, M. c/Wojcik, J. M. y/u otros s/Sum., Colección Jurisprudencial Zeus, Tomo 22, Sección Reseña (n° 1843), pág. R-58 -. Por otra parte, no es la certeza absoluta la que ha de buscar el juzgador al ponderar la prueba en un juicio de accidente de automotores, sino la certeza moral de características harto distintas de aquélla. La certeza moral se refiere al estado de ánimo, en virtud del cual el sujeto aprecia, ya que no la seguridad absoluta y sí el agrado sumo de responsabilidad acerca de la verdad (C. N. Esp. Civ. y C. (C. F.), Sala IV, 16-4-80, Rinaldi, J. E. c/Giannotti, A. y E. s/Sumario. Colección Jurisprudencial Zeus, Tomo 22, Sección Reseña (n° 1842), pág. R-58).

Resta señalar, en cuanto al valor de la causa penal agregada por cuerda, dada la trascendencia que se otorgó a las diligencias realizadas por el personal policial en ocasión del suceso, como el acta de constatación y croquis ilustrativo, y a la declaración testimonial prestada en sede policial, que el criterio jurisprudencial al respecto es que debe considerarse que la actuación policial aporta elementos trascendentes, de apreciación objetiva, para dirimir el caso si contiene la precisa descripción de la zona, ampliada por el material fotográfico, pericia y croquis ilustrativo, pues configuran medios eficaces para esclarecer el lugar en que se produjo el choque entre los vehículos, y que aunque se considera a la actuación policial cabeza del proceso penal constancia administrativa, es claro que tiene valor probatorio en cuanto a la autenticidad de los actos cumplidos ante la respectiva autoridad (conf. Fallo N° 42.039/2007 de este Tribunal).

Con respecto a la cuantificación de los daños realizada por la A-quo, ambos apelantes, la actora y la aseguradora citada en garantía, la cuestionan, disconformes una porque considera que los montos otorgados en cada rubro son bajos y la otra los estima altos. Sin embargo, ninguno de los dos expone los errores fundamentales que le atribuyen a la Inferior al establecer el resarcimiento en cada uno de los ítems otorgados en concepto de lucro cesante al hijo menor y a la concubina (o lo necesario para la subsistencia de los mismos), el daño psíquico o los daños materiales (destrucción de la motocicleta y de la ropa de la víctima fatal), traduciéndose sus manifestaciones en una mera discrepancia que aparecen como impugnaciones de orden genérico, insuficientes para constituir expresión de agravios sobre las cuantías establecidas, que por tanto quedan firmes, siendo pertinente poner de relevancia que la actora pone todo su esfuerzo en argumentar sobre la procedencia de la

indexación de los rubros y en destacar la depreciación de los montos otorgados en relación al valor del dólar, pero sin analizar debidamente los errores que supuestamente cometió la A-quo al fijar concretamente esos montos, como por ejemplo al estimar las ganancias mensuales de la víctima, con lo que no hubo una objeción adecuada de la decisión.

Consecuentemente, si bien se estimó que los apelantes cumplieron con la carga de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, esa conclusión no puede aplicarse a la parte de la sentencia que determina los montos del resarcimiento. Sobre el particular se ha dicho que quedan consentidas y firmes las sentencias, o parte de las mismas, que no han sido objetadas; es decir con relación a las cuales no se expresan agravios (por más que la resolución haya sido apelada en su totalidad) o no se expresan en forma idónea o suficiente (conf. Roberto G. Loutayf Ranea, “Los Hechos en el Recurso de Apelación, en Los Hechos en el Proceso Civil, Augusto M. Morello (Director), pág. 203, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003).

En relación a lo expuesto se dijo: En cuanto a los rubros y montos otorgados en concepto de resarcimiento, la crítica formulada por la parte apelante sólo consiste en meras manifestaciones subjetivas de disconformidad que no alcanzan el nivel de suficiencia técnica requerido, por lo cual al no haber sido adecuadamente rebatida la indemnización acordada debe tenerse por firme, dado que no se expresa cuál es la medida del interés recursivo, indicando aproximadamente a cuánto debía reducirse (o elevarse) el monto de la condena, o cuáles son los parámetros que la sentencia debería haber utilizado para el cálculo de los rubros a los que se alude, exponiéndose en forma clara y concreta el respaldo jurídico de tal posición (conf. Fallo N° 42.039/2007 de esta Alzada). Deben tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no hayan sido eficazmente controvertidas por el recurrente en la expresión de agravios (C. 1ª. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 21/12/72, La Ley, 150-339).

En lo que atañe particularmente al daño psíquico es dable señalar que en la pericia psicológica obrante a fs. 397/401 se consigna que el trastorno que padecen ambos actores es temporal y podría remitirse con un adecuado tratamiento psicofarmacológico, estableciéndose la duración y el costo del tratamiento psicológico y psiquiátrico, que sería de \$24.240 aproximadamente, atribuyéndose en la sentencia por el rubro \$20.000 a favor de ambos reclamantes. Por ende, no siendo definitivo el daño psicológico, sino meramente transitorio, a los fines de cuantificar la indemnización debe valorarse la circunstancia de que un tratamiento podría atenuar o incluso eliminar la existencia del referido daño, lo que determina que en el caso no cabe una suma por daño psicológico sino por el costo del tratamiento.

La jurisprudencia sostiene sobre el particular: Para que la discapacidad psíquica sea indemnizable debe ser permanente, como secuela irreversible, que afecta las actividades de la víctima, porque de lo contrario configura el daño moral (CNCiv., Sala A, 24/10/97, “Budal, José J. c/Isendorf, Marcelo n. y otro s/daños y perjuicios”). No corresponde indemnizar por un lado la incapacidad psíquica y por otro el gasto por la psicoterapia correspondiente, cuando aquella patología puede ser superada con el tratamiento, pues en tales supuestos se duplicaría la indemnización (CNCiv., Sala C, 30/12/99, “Espíndola Ayala, Lourdes S. y otro c/Royo, Alejandro G. y otro s/daños y perjuicios). Para que el daño psicológico pueda ser indemnizado es menester que sea definitivo y no meramente transitorio. Por tanto, a los fines de cuantificar la indemnización debe valorarse la circunstancia de que un tratamiento podría eliminar la existencia del referido daño, en cuyo caso no cabe una suma por daño psicológico sino por el costo del tratamiento (CNCiv. Sala H, 27/12/99, “Costamagna, Daniel A.

c/Empresa Antártica Argentina SA y otros s/daños y perjuicios”). Habiéndose verificado que la lesión psíquica no es irreversible sino pasible de ser superada mediante tratamiento, resulta improcedente su ponderación como daño psicológico a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, debiendo en todo caso reconocerse una suma destinada a solventar aquella erogación (CNCiiv., Sala A, 30/9/97, “Nitti, Mercedes U. c/Giampietri, Miguel A. s/daños y perjuicios”) – fallos citados por Hernán Daray en “Derecho de daños en accidentes de tránsito”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1ª. Reimpresión, T. 2, págs. 70, 75, 81 y 93, n.ºs. 3, 31, 81 y 7, respectivamente -.

Asimismo, en relación a los montos indemnizatorios otorgados y la pretensión de su actualización, cabe formular algunas consideraciones en torno al principio de congruencia previsto en los arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC. Dicho principio, al que debe ceñirse el juez al fallar, establece el marco de la decisión, limitándolo a las cuestiones sobre las que ha quedado trabada la litis. Constituye la columna vertebral del dispositivismo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en aquél. Se ha dicho que *“La congruencia consiste en la relación inmediata y necesaria que debe existir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juez...”* y que *“La incongruencia se produce por juzgar más allá de lo pedido (“ultra petita”), fuera de lo solicitado (“extra petita”) o por omisión de resolver cuestiones planteadas (“citra petita”)...”* (conf. Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Bs. As., 1983, t. II, p. 142; Serantes Peña, Oscar Enrique y Palma, Jorge Francisco, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 82).

Establecido ello, cabe señalar que, cuando se trata de demandas por cobros de sumas de dinero, tal como ocurre en las que tienen por objeto el pago de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, la normativa procesal establece que debe determinarse el monto de la pretensión (art. 328 CPCC), guardando esta necesidad de precisar el monto reclamado en la demanda estrecha relación con el principio de congruencia a que se hiciera referencia, consagrado también en la ley ritual, el que a su vez se funda en la necesidad de preservar el derecho de defensa en juicio (art. 18, Const. Nacional), “pues si la sentencia definitiva excede cualitativa o cuantitativamente el objeto de la pretensión o se pronuncia sobre cuestiones no incluidas en la oposición del demandado, menoscaba el derecho de defensa de la otra parte, a quien, a raíz de ese proceder, viene a privarse de toda oportunidad procesal útil para alegar y probar acerca de temas que no fueron objeto de controversia”. Si bien la norma procesal prevé la posibilidad de que el actor formule una estimación provisional, sujeta al resultado de la prueba a producirse, siempre que la naturaleza del reclamo le impida establecer con precisión el monto al presentar la demanda, de todos modos siempre debe tratar de estimarlo aunque sea provisoriamente, dando, al menos, las bases sobre las que corresponde calcularlo, o la estimación numérica de los distintos rubros que integran el total, con todos los datos necesarios para que la contraparte pueda o no aceptar el reclamo y, a su vez, ofrecer la prueba (conf. Beatriz A. Areán, “Juicio por accidentes de tránsito”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, T. 3, pág. 606 y siguientes).

De tal modo, si la cosa demandada es una obligación de valor que se traduce en una suma de dinero, una vez precisado el monto reclamado el mismo no puede actualizarse, dado que el acogimiento de actualización monetaria contraría la ley 23.928 (ley 25.561), que es de orden público. Es que a pesar de que la crisis económica desatada desde principios del año 2002 produjo una marcada depreciación de la moneda nacional, la ley 25.561 (entrada en vigencia el 6/1/2002), en sus arts. 4º y 10,

mantuvo la prohibición establecida en la ley 23.928 con la finalidad de no agravar más aún el proceso de deterioro socioeconómico.

Cabe precisar que el distingo doctrinario y jurisprudencial entre “obligaciones de valor” y “obligaciones dinerarias” responde a un claro criterio jurídico ajustado a diferencias intrínsecas, estructurales y ontológicas, fincadas en la diversa naturaleza del objeto de cada una de ellas, pero no admite, una vez cuantificada la pretensión, recurrir a mecanismos de reajuste que no están permitidos. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca los días 1, 2 y 3 de octubre de 2015 la Comisión N° 2, al tratar las Obligaciones de dar sumas de dinero y las Obligaciones de valor, la mayoría arribó a las siguientes conclusiones, en lo que aquí interesa: a) El Código Civil y Comercial y la Ley 23.928 (modificada por la Ley 25.561) instauran en la Argentina un régimen nominalista para las obligaciones de dar sumas de dinero. b) Es improcedente determinar pautas de actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero, sea por vía convencional o judicial. c) Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños. d) Al cuantificarse la deuda de valor se le aplican las disposiciones de las obligaciones de dar dinero. d) La categoría de las obligaciones de valor no puede ser empleada como mecanismo para burlar normas de orden público en fraude a la ley (art. 12 Código Civil y Comercial), lo que ocurre cuando se intentan incluir en ellas típicas obligaciones dinerarias a fin de eludir la aplicación de la prohibición de indexar.

A fin de mantener incólume el contenido de la prestación dineraria se recurrió, como herramienta válida, a la fijación de la tasa de interés activa, ya que la tasa de interés de plaza concierne, de alguna manera, a los índices inflacionarios. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 302: 1570) expresó que las tasas de interés bancario son comprensivas, asimismo, de la disminución del capital ocasionada por el deterioro de la moneda. Sabido es que el interés, en teoría, cumple la doble función de compensar la privación del uso del capital (interés puro, que supone una moneda inalterable) y tiende también en parte a recomponer la pérdida de su valor adquisitivo, que es llamada tasa presuntiva o reparadora, de especial incidencia en períodos inflacionarios (conf. Alterini, Atilio A., Derecho de las obligaciones, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, nro. 1136 y ss.).

Cabe mencionar el voto del Dr. Zannoni, en su voto en la causa “Sirolli, Anelita Lucía c/Portas Dalmau, Pablo Fernando y otros s/Daños y perjuicios”, expte. 73.989/08 de la CNCiv., Sala F, el 9-10-2013, dejó en claro que a partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda “indexación” por precios, actualización monetaria, variación de costos o repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4° de la vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se *liquidan* en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a *valores actuales* – como suele decirse – a fin de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aún así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso - por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 – que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio

constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso.

Por otra parte, y en relación al planteo de inconstitucionalidad de la normativa que prohíbe indexar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó en el año 2010 en su constitucionalidad, al pronunciarse en el caso “Massolo, Alberto J. v. Transportes del Tejar S. A.”, destacándose que su análisis permite observar que el Alto Tribunal aborda una cuestión de altísimo significado jurídico y económico para la comunidad, al expedirse sobre la “convalidación” del principio nominalista de la moneda consagrado en el art. 619, CCiv., para todas aquellas obligaciones de dar sumas de dinero y la “reafirmación” de la prohibición de la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas de tales obligaciones, establecida en los arts. 7 y 10, ley 23928 y 4, ley 25561, como decisión legal coherente con el primer principio (conf. Eduardo A. Barreira Delfino, Convalidación de la prohibición de indexar, en Revista Jurisprudencia Argentina, 2010-III, Fascículo 2, pág.9).

Por ende, carecen de sustento los agravios de la actora relacionados con la fijación de montos indemnizatorios sin la adecuación de los valores a la depreciación monetaria, teniendo en cuenta el valor del dólar.

Finalmente, en lo que atañe al monto fijado como resarcimiento por daño moral al hijo de la víctima, establecido en \$150.000 cuando se solicitó \$350.000, por lo que la parte actora lo cuestiona por exiguo, cabe tener presente que si bien no puede desconocerse que el quantum de la indemnización por daño moral, más que cualquier otro, queda librado a la discrecionalidad del órgano judicial, ya que no existen parámetros que permitan fijarlo con absoluta certeza, es importante tener en cuenta los precedentes judiciales, aunque ponderados con prudencia y sin perder de vista el momento histórico en que se formularon y las particularidades del caso concreto.

De ahí que, si bien no puede tomarse una suma dineraria determinada como monto exacto de la compensación, corresponde tener en cuenta que esta Alzada, en el año 2013, otorgó como resarcimiento por daño moral, a un menor que tenía seis meses al fallecer su padre de veintisiete años de edad, el 04/04/2005, la suma de \$170.000 (Fallo Nro. 16.185/2013), señalándose en esa oportunidad que el daño extrapatrimonial que se provoca a un niño a quien se obliga a crecer sin padre es inmenso, cualquiera sea la edad de la criatura, máxime que cuando más se necesita al padre es en la más tierna infancia. Como se dijo en esa ocasión, lo expuesto ha sido valorado desde tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de reconocer la legitimidad de indemnizaciones superiores a los más pequeños, por la privación de alguien destinado a educar y asistir en el desarrollo personal, lo que lleva a estimar en el caso, en el que el menor tenía seis años al momento de fallecer su progenitor, que la suma fijada resulta insuficiente y que debe elevarse a la suma de pesos doscientos mil (\$300.000), correspondiéndole al menor, de acuerdo al porcentaje de responsabilidad que se le adjudicara al padre en el accidente, la suma de pesos doscientos diez mil (\$ 210.000).

En lo relacionado al rechazo del resarcimiento por daño moral a la concubina los agravios de la parte actora deben prosperar, ya que es ineludible la revisión de la postura de esta Alzada sobre el particular.

Si bien no existe óbice para declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del C. Civil, atento a que puede recurrirse a este remedio siguiendo la línea de numerosos pronunciamientos en

tal sentido de otros tribunales, entiendo que es innecesario recurrir a tal declaración, ya que una interpretación amplia de tal norma permite reconocer el derecho a resarcimiento de la concubina.

En efecto, haciendo referencia a la norma citada, una parte de la doctrina entendía que la función del art. 1078 era sólo procesal: presumir el daño moral de los herederos forzosos, pero sin descartar la pretensión de otros sujetos que acrediten un perjuicio espiritual por muerte, entre los cuales puede hallarse un concubino supérstite, cualquiera que sea su sexo (en este sentido, Gandolla, Daño moral por muerte del concubino, “Revista de Derecho de Daños”, n° 6, p. 217 y ss., especialmente, p. 225). En esta orientación se dijo: “El art. 1078 del Cód. Civil incluye una prescripción como regla jurídica, por la cual “en principio” sólo los herederos forzosos pueden reclamar el resarcimiento del daño moral, presumiéndose en tal caso el daño y quedando la carga de la prueba en contrario a quien se opone a la reparación. Excepcionalmente, los arts. 1079 y 1080 del Cód. Civil permiten indemnizar a la concubina, con tal que demuestre la convivencia o la relación con la víctima” (TColRespCivExtracontractual SFe, n°1, 26/8/99, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2000-558).

Considerando esta postura, debe tenerse en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación amplía el elenco de legitimados activos por daño moral, así el “nuevo” art. 1741 CCyC que añade al caso de fallecimiento del damnificado directo el supuesto de gran discapacidad y en ambos supuestos la legitimación activa se extiende a “quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible”, por lo cual este artículo puede aplicarse al sub-lite como “doctrina interpretativa” del “viejo” art. 1078 del Cód. Civil. En este sentido una importante regla interpretativa de carácter general sostiene que el nuevo CCCN es invocable, en todos los casos, como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa de la normativa derogada, es decir las normas actuales constituyen valiosas herramientas de interpretación del Código Civil derogado. Esta regla tiene aplicación tanto para la interpretación de las normas anteriores, como para las nuevas regulaciones que cubren vacíos normativos de la legislación derogada (conf. Galdós, Jorge M., “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, quinta regla, trabajo publicado en La Ley 16/11/2015, 16/11/2015, 3 – La Ley 2015-F, 867, Cita Online. AR/DOC/3711/2015). Apoyan que los nuevos textos de leyes, aún cuando no se apliquen para hechos anteriores a su vigencia, sirven como directriz de interpretación de los textos anteriores, los pronunciamientos de la Suprema Corte de Buenos Aires (S. C. B. A., Ac. 79855, 19/2/2001, “García, Héctor Manuel y otros c/Alves Dos Santos, Antonio José y otros. Daños y Perjuicios”, Cuadernos de Doctrina legal Número III. Aplicación de la nueva ley a situaciones y procesos en curso (Antecedentes de la SCBA) La Plata- Junio 2015. Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires, Secretaría Civil y Comercial), de la CNCiv. Sala J, 28/8/2005, “E. J. c/Editorial Perfil S. A. s/derechos personalísimos”, ED 30/9/2015, y de la CNCiv., Sala I, 5/5/2015, “C. E. H. y otro c/Banco de la Nación Argentina”, elDial.com-AA915D.

Otros tribunales han realizado una interpretación amplia del art. 1078 del C. Civil, entendiendo que no es menester declarar la inconstitucionalidad de la misma, ya que tal interpretación se adecua al valor “justicia”, recordando las enseñanzas de Eduardo Couture cuando pregonaba respecto a la función jurisdiccional “lucha por el Derecho pero si éste se opone a la Justicia, lucha por la Justicia”. La evolución doctrinaria y jurisprudencial se pronuncia por prescindir de la declaración de inconstitucionalidad de una norma cuando la interpretación amplia del precepto permite concretar el valor “justicia” en el caso concreto, a lo cual se añade que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* a recurrir (CCCom. de Morón, sala II, 13-10-2015, “Cárdenas, Josefa Eustaquia y otros

c/Municipalidad de Morón y otros s/Daños y perjuicios”, fallo citado por Héctor Eduardo Leguisamón en “Derecho Procesal de los Accidentes de Tránsito”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Segunda Edición Actualizada, T. II, pág. 32).

Independientemente de ello, nada impide, por otra parte, la aplicación del nuevo cuerpo normativo para resolver la cuestión de la legitimación de la concubina para reclamar daño moral. En efecto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que el estadio procesal en que se encuentre el expediente (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto en el nuevo Cód. Civil y Comercial (“El art. 7 del Cód. Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, La Ley del 22/04/2015), no pudiendo soslayarse que esta tesitura fue expresamente adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los pocos días de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, en un precedente en el que se dijo que las sentencias deben atender a las nuevas circunstancias existentes al momento de su dictado, y si en el transcurso del tiempo han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis también deben ser tenidas en cuenta (C. S. J. N., “D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/Amparo”, del 06/08/2015, La Ley 2015-E, 194).

Consecuentemente, aún cuando no se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del CCiv., una interpretación del mismo considerando el nuevo ordenamiento en la materia, o en su caso la aplicación de la nueva ley, es indiscutible, y no existe cortapisa alguna para entender lo contrario, la legitimación de la actora conviviente para reclamar el resarcimiento por daño moral por la muerte de su pareja. Por ende, teniendo en cuenta para actuar las facultades conferidas por el art. 165 del CPCC, la edad de la actora al momento del hecho, los años de convivencia con el occiso, y que tenían un hijo en común, entiendo que la suma peticionada, pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000), resulta adecuada para resarcir el daño no patrimonial, correspondiéndole la cantidad de pesos ciento setenta y cinco mil (\$175.000) de acuerdo al grado de responsabilidad que se atribuye a la víctima.

Cabe recordar que el daño moral ha sido definido como la “lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”. La compensación de esta lesión está ordenada a mitigar la suma de dolores físicos y espirituales sufridos por la víctima, es decir, la paz espiritual, la tranquilidad y la serenidad de su ánimo. El quantum de la indemnización no debe guardar proporcionalidad con los montos que se fijen para resarcir otras partidas indemnizatorias de perjuicios patrimoniales, y la naturaleza de la indemnización de este daño es resarcitoria (conf. Héctor Eduardo Leguisamón, obra citada, pág. 24).

Concluyendo, voto por la confirmación de la sentencia recurrida, excepto en lo que atañe al monto fijado como resarcimiento por daño moral para el hijo menor de la víctima, que propongo elevar a la suma de pesos trescientos mil (\$300.000) – correspondiéndole \$210.000 – y a la denegatoria del resarcimiento por daño moral a la concubina, a la que se le otorga en este rubro la cantidad de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000) – correspondiéndole \$ 175.000 -, ascendiendo el total de los rubros admitidos a la cantidad de pesos setecientos cuarenta mil cuatrocientos (\$740.400), y la condena a la cantidad de pesos quinientos dieciocho mil doscientos ochenta, de acuerdo al porcentaje de responsabilidad atribuido a los intervinientes en el accidente. Dado el resultado de los recursos, prosperando el de la parte actora en mínima medida y rechazándose el de la aseguradora citada en garantía, propicio imponer las costas en esta Alzada en el orden causado (art. 68 del CPCC).

La Dra. García Nardi dijo: Por los fundamentos expuestos por la Srta. Juez preopinante, adhiero al voto de la misma.

En este estado, habiéndose constituido la mayoría legal (art. 33 de la Ley Provincial N° 521 y sus modificatorias y punto segundo del Acta N° 05/2016 de esta Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial), se da por terminado el presente Acuerdo, pasado y firmado por ante mí, de lo que doy fe.

-Fdo.-

*DRA. TELMA C. BENTANCUR
JUEZ
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DRA. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI
JUEZ
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DRA. NORMA BEATRIZ CASTRUCCIO
SECRETARIA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

SENTENCIA:

///MOSA, 24 DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE:

A mérito del Acuerdo que antecede, la SALA I “AÑO 2016” de la EXCMA. CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

1º) Tener a la codemandada Provincia de Formosa por desistida del recurso de apelación interpuesto a fs. 584 (foliatura rectificada) contra la sentencia de fs. 564/576 vta.

2º) Confirmar la sentencia obrante a fs. 564/576 vta., excepto el monto fijado como resarcimiento por daño moral a favor del hijo menor de la víctima, el que se eleva a la cantidad de pesos trescientos mil (\$300.000), correspondiéndole pesos doscientos diez mil (\$210.000) en virtud del porcentaje de responsabilidad atribuido al occiso, y a la denegatoria del daño moral a la concubina, concediéndose el resarcimiento por tal concepto, el que se fija en la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000), correspondiéndole pesos ciento setenta y cinco mil (\$ 175.000), ascendiendo en consecuencia el monto a pagar a la suma de pesos quinientos dieciocho mil doscientos ochenta (\$518.280), más los intereses en la forma dispuesta en la sentencia de grado. Con costas en esta Alzada en el orden causado atento al resultado de los recursos (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con la correspondiente a Primera Instancia.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, bajen los autos al Juzgado de origen.-

-Fdo.-

*DRA. TELMA C. BENTANCUR
JUEZ
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

-Fdo.-

*DRA. MARÍA EUGENIA GARCÍA NARDI
JUEZ
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

ANTE MÍ:

-Fdo.-

*DRA. NORMA BEATRIZ CASTRUCCIO
SECRETARIA
CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL*

ES COPIA