

58198-2013

"GOMEZ MARIA DE LAS MERCEDES Y OTROS C/ VOLPI AGUSTINA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO) "
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 3 - AZUL

Sentencia Registro nº: 147 Folio:

En la ciudad de Azul, a los 27 días del mes de noviembre del año Dos Mil Catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi y Víctor Mario Peralta Reyes, encontrándose excusado el Dr. Jorge Mario Galdós (arts. 47 y 48, Ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados "**Gómez, María de las Mercedes y otros c/ Volpi, Agustina y otros s/ Daños y Perjuicios**" (causa nº 58198), y habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dra. María Inés Longobardi y Dr. Víctor Mario Peralta Reyes.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1^{ra} - ¿Es justa la sentencia de fs. 439/449?

2^{da} - ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACIÓN-

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Juez **Dra. Longobardi**, dijo:

I. Arriban los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación incoados por la parte actora (fs. 459) y por la compañía aseguradora Provincia Seguros S.A. (fs. 456 y vta.), contra la sentencia de fs. 439/449 que acogió parcialmente la acción de daños y perjuicios entablada, y condenó a Agustina Volpi, Arianna Volpi y Emiliano Volpi (en su condición de herederos de Luis Atilio Volpi) al pago de la suma de \$144.260 a María de las Mercedes Gómez, \$144.260 a Yamila Diana Zorzano, y \$108.000 a Paloma Zorzano, en su respectivo carácter de conviviente e hijas de Eduardo Fernando Zorzano, quien

falleciera a los cuarenta días del accidente de tránsito acaecido el 24/03/10, mientras el mencionado era transportado benévolamente por Luis Atilio Volpi, fallecido al momento del siniestro.

En su escrito de inicio (fs. 29/38), las accionantes reclamaron en concepto de daño patrimonial y extrapatrimonial la suma total de \$760.000 “o la que en más o en menos resulte de la prueba”, relatando para ello que con fecha 24 de marzo de 2010, el Sr. Eduardo Zorzano era transportado por cortesía por el Sr. Luis Atilio Volpi, en un automóvil Citroen C4 de su propiedad, con sentido Azul-Olavarría, cuando a la altura del km 307 de la Ruta Nacional n° 3, al llegar a la intersección con la Ruta Nacional n° 226, el conductor perdió el control del vehículo despistándose hacia la banquina hasta bajar al préstamo y recorrer más de 200 m dando tumbos, derribar el alambrado del campo ubicado al margen de la ruta, y finalizar su trayectoria tras impactar un poste de madera. Narraron que como consecuencia del accidente, el conductor falleció en el acto, y el Sr. Zorzano fue trasladado de urgencia al Hospital Municipal de Azul en el que falleció a los cuarenta días debido a un paro cardiorespiratorio ocasionado por las graves lesiones derivadas del accidente. Adujeron que el conductor del rodado resultó responsable por haber incurrido en un obrar imperito y negligente al circular a excesivavelocidad; que no intervinieron factores externos que pudieran ocasionar el accidente; y que el conductor también resultó responsable en los términos del art. 1113 C.C. Reclamaron la suma de \$150.000 por daño patrimonial padecido por la conviviente del Sr. Zorzano, con quien adujeron que convivía desde 1994 y compartía todas las actividades propias de una pareja, la familia, e incluso algunas tareas laborales. Relataron que el Sr. Zorzano era propietario de una radio de frecuencia modulada en Olavarría y que los ingresos provenientes de esa actividad constituían el principal sostén de la familia. En lo que hace al perjuicio material padecido por las hijas del mencionado, invocaron la pérdida de la expectativa del sustento económico que podría procurarles en un futuro su padre, y reclamaron la suma de \$125.000 para cada una de ellas. Respecto del daño moral, peticionaron la suma de \$100.000 para cada una de las actoras, y en lo que importa a la Sra. Gómez plantearon la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. –en cuanto sólo prevé a los herederos forzosos como legitimados para reclamar el perjuicio moral derivado del fallecimiento-, y pusieron de relieve los 16 años de convivencia que la unieron

con la víctima. Peticionaron la suma de \$20.000 para cada una de las accionantes en concepto de daño psíquico, aduciendo que las mismas padecen neurosis traumática que debe ser tratada mediante terapia profesional, solicitando que para el caso de que no se considere el daño psíquico como un rubro indemnizatorio autónomo, el perjuicio denunciado sea resarcido al abordar el daño emergente (incapacidad laborativa y tratamiento psicoterapéutico) y el daño extrapatrimonial. Seguidamente, efectuaron una serie de consideraciones vinculadas con la vida del Sr. Zorzano, las actividades que desarrollaba y la dependencia económica que respecto de él poseían las actoras, con las que – según adujeron sin distinción- convivía, y, finalmente, introdujeron una serie de consideraciones generales vinculadas con la cuantía que corresponde otorgar a los rubros indemnizatorios pretendidos.

A fs. 63/64, contestó el traslado de la demanda la compañía aseguradora, Provincia Seguros S.A., citada en garantía, limitándose a efectuar las negativas del caso, tanto en lo vinculado con las afirmaciones tendientes a fundar la responsabilidad del asegurado, Luis Atilio Volpi, como en lo atinente a los rubros y montos indemnizatorios pretendidos. A fs. 87 se tiene por presentada en forma extemporánea la contestación de demanda efectuada por Emiliano Volpi. A fs. 101/102, contesta demanda la accionada Adriana Capuano, por sí, y en representación de su hija Arianna Volpi, efectuando también las negativas pertinentes y adhiriendo a la prueba ofrecida por la compañía aseguradora citada en garantía. A fs. 114 la parte actora desiste de la acción entablada contra María Laura Volpi. A fs. 119 se declara la rebeldía de la co-accionada Agustina Volpi, y a fs. 130 toma intervención al Asesor de Incapaces quien manifiesta carecer de objeción a la petición de apertura a prueba efectuada por la parte actora.

II. Producida la prueba, se dicta la sentencia de fs. 439/449, en la que se resuelve hacer lugar a la demanda promovida, condenando a los accionados Agustina Volpi, Arianna Volpi y Emiliano Volpi, a abonar \$144.260 a María de las Mercedes Gómez; \$105.760 a Yamila Diana, y \$108.000 a Paloma, con más los intereses a tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, desde el 24/03/10 hasta su efectivo pago. Asimismo, se dispone hacer extensiva la condena a la citada en garantía Provincia Seguros S.A., y condenar en costas a los demandados y a la aseguradora en su carácter de perdidosos.

Para así resolver, el sentenciante comienza por encuadrar el caso en el marco de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113, 2º párr. *in fine* del Cód. Civil. Seguidamente, destaca que de la pericia alcoholimétrica obrante a fs. 32 de la causa penal (I.P.P. n° 01-00-001788-10, agregada por cuerda a estas actuaciones), surge que el conductor del vehículo Citroen C4, Luis Atilio Volpi, contenía una graduación alcohólica (0.99 gr de alcohol por litro de sangre y 1,32 gr. de alcohol por litro de orina) superior a la permitida por el art. 48 de la Ley 24449 (0,50 gr/litro de sangre). Considera que, conforme la pericia accidentológica (fs. 136/39 de la causa penal citada) el conductor circulaba mínimamente a una velocidad de 136 km/h, importando ello un exceso de la velocidad máxima permitida; y valora lo informado en la referida pericia en orden a que no tuvieron participación determinante factores ambientales o mecánicos; a que el accidente se debió al factor humano evidenciado en el exceso de velocidad y en el elevado índice de alcohol que potencia la temeridad del conductor y disminuye la percepción y reflejos. Pondera asimismo la pericia accidentológica practicada en estos autos (fs. 337/339 vta.), en la que coincidentemente se dictamina que el accidente se produjo debido a una falla en el factor humano, producida por el exceso de velocidad y el grado de alcohol en sangre. Subraya que conforme el art. 50 de la Ley 13.927 el conductor de un rodado debe circular siempre a una velocidad que le permita conservar el dominio de su vehículo, y que el art. 51 inc. B-1 de la misma norma, determina un límite de velocidad máximo para esa zona de 110 km/h. Trae a colación jurisprudencia conforme la cual la velocidad debe ser considerada como un factor crítico en los procesos de tránsito, y pone énfasis en la marcada vulneración del grado máximo de alcohol en sangre determinado por la Ley Nacional de Tránsito. En ese marco, concluye que los accionados no lograron demostrar la culpa de un tercero o de la víctima, ni la concurrencia de una causa extraña a la propia conducta de quien conducía el rodado, razón por la cual, el conductor del rodado Citroen C4 resultó único responsable del siniestro acaecido.

En lo concerniente a los rubros indemnizatorios reclamados, comienza por considerar acreditada la vida en convivencia de la accionante María de las Mercedes Gómez con el Sr. Zorzano, a partir de las declaraciones testimoniales de fs. 258, 268, 269 y 270, la información sumaria de fs. 291/292 y el reconocimiento testimonial allí efectuado. Seguidamente, previa referencia al

criterio seguido por el Alto Tribunal Provincial, acoge el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. efectuado por la parte actora, considerando a la conviviente como legitimada para reclamar el daño moral derivado del fallecimiento del Sr. Zorzano. Concluido ello, se adentra en el análisis de lo reclamado en concepto de daño material. En lo concerniente a los \$150.000 requeridos por la Sra. Gómez, considera acreditada la dependencia económica aducida respecto del fallecido, y que el mencionado poseía o trabajaba en una emisora radial. Tras considerar no acreditada la cuantía de los ingresos del fallecido Zorzano, y previa cita del art. 165 CPCC, considera adecuado tomar a esos efectos el monto del salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha de la sentencia (\$2.875). Considerando la edad que tenía el Sr. Zorzano (57 años), descontando los gastos que hubiera invertido en su persona, estima ajustado fijar el daño material de la conviviente María de las Mercedes Gómez en la suma de \$38.500. En lo tocante al perjuicio moral, pondera el valor de la pérdida de su compañero de 57 años de edad y al que la unían 16 años de vida en pareja, y meritúa “lo que significa a esa edad la ruptura *del proyecto de vida en común, de honda repercusión emocional*”. Sobre esa base, hace lugar a la reparación pretendida por la suma de \$100.000.

En lo que atañe a las hijas de la víctima, Yamila Diana y Paloma, pondera que al momento de la demanda las mencionadas tenían, acorde los certificados de nacimiento de fs. 180 y 181, la edad de 25 y 20 respectivamente; es decir, eran mayores de edad. Subraya que la ley reputa al hijo con aptitud para proveer a su mantenimiento, razón por la cual, quien pretende el resarcimiento debe desvirtuar la señalada presunción. Destaca que en el caso, las actoras no acompañaron “*elementos probatorios tendientes a acreditar el daño, a demostrar que han prolongados con sus estudios y que esa continuación era sostenida por su progenitor*”. Agrega que la pericia psicológica de fs. 397/423 en la que se menciona que Paloma estudia Administración de Empresas, nada aporta a la determinación del daño, y que ello sumado al alcance que se diera a los ingresos del Sr. Zorzano, vuelve inviable el reclamo efectuado. Lo propio concluye respecto de la hija mayor, Yamila Diana, destacando el contenido de la pericia psicológica antes mencionada, de la que surge –en lo relevante- que al momento del accidente la mencionada vivía en EE.UU.

En lo que respecta al daño moral de las hijas de Zorzano, y considerando que la prueba del mismo surge *in re ipsa*, hace lugar a la suma de \$100.000 peticionada en el escrito de inicio. Finalmente, rechaza lo reclamado en concepto de daño psíquico y gastos terapéuticos, valorando para ello la pericia psicológica de fs. 411/423 en la que se dictaminó que en ninguna de las actoras se advierten secuelas de neurosis traumática ni tampoco algún grado de deterioro psíquico, ni afectación de su capacidad de iniciativa, emprendimiento, actitud general o posibilidad de comunicación. Sin perjuicio de ello, dado que en la referida pericia se advirtió la necesidad de que las actoras llevaran adelante un tratamiento terapéutico de frecuencia semanal durante seis a ocho meses, hizo lugar a lo reclamado por gastos terapéuticos, condenando al pago de la suma de \$5760 para cada una de las hijas de Zorzano, y \$8000 para la Sra. Gómez.

III. El fallo de primera instancia fue apelado por Provincia Seguros S.A. (fs. 456 y vta.) y por la parte actora (fs. 459). Los recursos fueron concedidos libremente a fs. 460, y fundados a fs. 466/469 y 492/500 vta. respectivamente. Las expresiones de agravios no fueron contestadas por ninguna de las partes.

En su expresión de agravios, **Provincia Seguros S.A.** comienza por requerir que sus agravios sean abordados como recurso de nulidad, implícito en el de apelación conforme el art. 253 del Código de rito. Como fundamento de su recurso, subraya que de la pericia alcoholimétrica realizada en el expediente penal, surge que el conductor y asegurado, Luis Atilio Volpi, contenía 0,99 gramos del alcohol por litro de sangre, y 1,32 gr de alcohol por litro de orina, con lo que se encontraba conduciendo en evidente estado de ebriedad. En consecuencia, sostiene que opera a su respecto la causal de exclusión de cobertura prevista en las condiciones generales de la póliza oportunamente contratada, que en su cláusula CG-RC 2.1 prevé que el asegurador no indemnizará cuando el examen de alcoholemia arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil miligramos de sangre al momento del accidente. Arguye que al momento de contestar la demanda, no tuvo acceso a esa información, y que, habiéndose incorporado esa prueba a instancias de la parte actora, la misma debe ser merituada a tenor del principio de comunidad o adquisición procesal de la prueba.

En segundo lugar, se agravia de que el daño moral padecido por cada una de las hijas del Sr. Zorzano haya sido cuantificado en la suma de \$100.000, destacando al respecto que ninguna de ellas residía al momento con el mencionado, desde que Paloma vivía en Buenos Aires, y Yamila en Estados Unidos, y ninguna percibía ayuda económica de su parte. Asimismo, aduce que en el caso de hijos adultos –a diferencia de los hijos menores-, normalmente no se adiciona al cariño una verdadera necesidad de los progenitores para desarrollar la propia existencia. Esgrime que en el caso, ello incluso se desprende de la pericia psicológica y que ambas hijas son desenvueltas e independientes.

A su turno, en su expresión de agravios de fs. 492/500 vta., la **parte actora** comienza por agravarse del *quantum* indemnizatorio del daño material causado a la conviviente. Al respecto, subraya que, como lo reconoce el sentenciante, la coactora Gómez dependía económicamente de la víctima, y que la determinación de los salarios del mencionado en un grado equivalente al salario mínimo vital y móvil (\$2.875) resulta contrario a las máximas de la experiencia, puesto que debió presumirse que el Sr. Zorzano, a quien el sentenciante reputó empresario, percibía una suma cercana a los \$15.000 mensuales, desde que, de otro modo, no se comprende por qué mantuvo la explotación de una emisora de radio durante más de veinte años. Afirma que conforme los arts. 1084 y 1085 C.C. debió fijarse una suma que tuviere aptitud para asegurar la subsistencia de la conviviente, de 50 años de edad, y estima que considerando una sobrevivida de 30 años y la necesidad de \$3000 mensuales, debería ordenarse una indemnización equivalente a la suma de \$1.080.000. Agrega que tampoco ponderó el *a quo* que conforme la Ley de Riesgos de Trabajo hubiera correspondido una indemnización de \$300.000, e introdujo una serie de comparaciones (con la remuneración de un magistrado, el valor del metro cuadrado de construcción, el de un auto mediano con equipamiento completo etc.) a la luz de las cuales la suma indemnizatoria fijada por el magistrado no cumpliría con el principio de reparación plena e integral.

A renglón seguido, se agravia del *quantum* indemnizatorio fijado en relación con el daño moral padecido por las actoras, y tras traer a colación jurisprudencia relativa a la conceptualización y cuantificación de dicho daño, efectúa particular hincapié en lo dictaminado por la perito psicóloga respecto del

padecimiento espiritual que importó a la Sra. Gómez el fallecimiento de su pareja. Agrega que la suma de \$100.000 resulta exigua para resarcir los padecimientos sufridos por las actoras, introduciendo para ello análogas comparaciones a las efectuadas al abordar la cuantificación del daño material de la Sra. Gómez, concluyendo así que el magistrado de primera instancia no ha aplicado las máximas de la experiencia cotidiana al proceder a cuantificar el daño en cuestión. Más adelante, introduce una serie de consideraciones comunes a la cuantificación de todos los daños, afirmando que las sumas indemnizatorias pretendidas se hallan en relación con la capacidad económica de los codemandados (art. 1069 C.C.), y que la tendencia jurisprudencial a fijar indemnizaciones que no guardan correlato con los valores de las cosas, desvirtúa la naturaleza del instituto y consolida la injusticia en el seno de la sociedad.

En último término, se agravia de la denegación de reparación por daños patrimoniales a las dos hijas de Zorzano. Sostiene que deviene contrario a los arts. 1084 y 1085 C.C. y a la doctrina de la SCBA –más adelante cita específicamente la causa “Lojo Vilela...”, Ac. 36.983, del 13/09/88-, que se haya exigido la prueba de la subsistencia de los daños materiales causados a los hijos mayores de edad, los cuales deben presumirse por imperio de las normas antes mencionadas, y deben justipreciarse conforme las pautas de valoración expuestas al criticar la cuantificación del daño material padecido por la Sra. Gómez.

IV. Habiéndose conferido vista al Asesor de Incapaces -quien a fs. 504 y vta. manifiesta que la menor Arianna ha sido debidamente representada y defendida por su progenitora, la Sra. Adriana Capuano-; hallándose firme el llamado de autos para sentencia (fs. 505 vta.), y habiéndose practicado el sorteo de rigor, se encuentran estos obrados en condiciones de ser examinados a fin de resolver los recursos de apelación incoados.

1. En primer término, procede abordar el agravio de la compañía aseguradora, Provincia Seguros S.A., en cuanto cuestiona la extensión de responsabilidad a su parte, arguyendo para ello que en el caso no se valoró la configuración del supuesto de exclusión de su responsabilidad derivado de la cláusula, CG- RC 2.1 (sic; corresponde a la cláusula 22, l. 19; fs. 53), producto

del estado de ebriedad en el que se encontraba el asegurado al momento del siniestro, conforme la pericia alcoholimétrica practicada a fs. 32 de la causa penal.

Al respecto, señalo en primer término que la graduación de 0,99 gr de alcohol por litro de sangre informada en la pericia alcoholimétrica citada, **no alcanza la graduación alcohólica de 1 gr por kilogramo de sangre (equivalente a 1,06 gr de alcohol por litro de sangre) establecida en la póliza de seguro (cláusula 22, I. 19; ver fs. 53)**, como límite a partir del cual se excluye la obligación de responder de la compañía aseguradora. No modifica esa conclusión la estimación efectuada en la misma cláusula en orden a que la cantidad de alcohol en sangre de una persona disminuye a razón de 0,11 gr por mil cada una hora, pues **esa previsión no puede considerarse aplicable a los supuestos en que se produce el deceso del asegurado al momento del siniestro**. Es que, si bien en tal caso la graduación de alcohol en sangre puede sufrir alguna alteración con el curso de las horas, esa alteración no puede asimilarse a la que se verifica en una persona viva, cuyo metabolismo continúa en actividad.

Señalado ello, y sin perjuicio de que lo dicho resultaría de por sí suficiente para desechar el agravio de la mencionada compañía, en atención a la alta graduación de alcohol informada -que no alcanza el límite antes referido por diferencia de 0,07 gr-, y a la modificación que esa graduación podría haber sufrido en el curso de las aproximadamente tres horas que transcurrieron desde el accidente hasta que fuera realizada la autopsia con la pertinente extracción de muestras (ver fs. 26/28 de la causa penal), estimo conveniente agregar las consideraciones que siguen en cuanto conducen confirman, por otra razón, la improcedencia del citado agravio.

Ciertamente, sostengo que al omitir aplicar la referida causal de exclusión pactada entre las partes (art. 1198 C.Civ.) e invocada por la compañía aseguradora en esta avanzada instancia, la sentencia de grado resultó en un todo ajustada a derecho, no sólo por lo antes dicho, sino también porque **la cláusula de la que emana esa causal de exclusión debe ser interpretada en armonía con lo reglado por la cláusula 4ª in fine de la póliza de seguro** oportunamente acompañada por la aseguradora (ver fs. 51 vta.). La

mencionada cláusula, prevé que “...*la asunción por el Asegurador de la defensa en juicio civil o criminal, importa la aceptación de su responsabilidad frente al Asegurado y/o conductor, salvo que posteriormente el Asegurador tomara conocimiento de hechos eximentes de su responsabilidad, en cuyo caso, deberá declinar tanto su responsabilidad como la defensa en juicio dentro de los cinco días hábiles de su conocimiento...*”. En el caso de autos, la empresa aseguradora asumió la defensa de la coaccionada Adriana Capuano –quien compareció en su nombre y en representación de la menor Arianna Volpi- en la contestación de demanda de fs. 101/102, designando al efecto el respectivo profesional, el Dr. Abel Alberto Méndez, quien se presentó asimismo como apoderado de la referida empresa (ver contest. de demanda de fs. 63/65). En consecuencia, acorde la cláusula 4ª antes citada, **dicho proceder importó la aceptación de su responsabilidad**. El carácter unívoco de la cláusula en cuestión, para cuya tésis basta sujetarse a la literalidad del texto, así como el orden público y la evidente razonabilidad que la califican, tornan necesario un estricto contralor de su cumplimiento. Es que la ausencia o desconocimiento de esa previsión contractual (pactada con arreglo a normas imperativas preestablecidas, conf. art. 23. 6.a Resolución n° 21523/92 y Resolución 34.225/2009, ambas de la Superintendencia de Seguros de la Nación; ver fs. 48) importaría la admisión de una posible vulneración del derecho de defensa en juicio del asegurado, quien podría verse representado por un profesional contratado por la empresa aseguradora aún cuando la misma pretendiera –en franca colisión de intereses- eximirse de su responsabilidad.

No modifica lo expuesto la alegación de la empresa aseguradora de que al momento de contestar demanda desconocía la pericia alcoholimétrica (practicada el 08/04/10; ver fs. 32 I.P.P. agregada a estos autos), desde que, en todo caso, tal como lo prescribe la cláusula 4ª “*Defensa en juicio civil*”, párr. 6º, de las *Condiciones Generales para el seguro de vehículos automotores y/o remolcados*, Capítulo “A” (fs. 51 vta.), una vez conocidos los hechos constitutivos de la causal de exclusión, debió así denunciarlo y proceder a declinar la defensa del asegurado –en este caso, sus causahabientes- en el plazo de cinco días hábiles.

Por otra parte, señalo que en razón de la gravedad del hecho dañoso acaecido y de las consecuencias que el mismo acarrió (fallecimiento en el acto

del conductor asegurado y lesiones graves de la víctima de autos que culminara luego en su deceso), la citada en garantía, en razón de la misma actividad a la que se dedica, no pudo desconocer que necesariamente se instruiría la correspondiente Investigación Penal Preparatoria, y que a esos fines, se habrían extraído las muestras médicas necesarias para la realización de las pericias médico-científicas de rigor. Por otra parte, aún prescindiendo de lo antes señalado, no puede pasar inadvertido que en su escrito de inicio **la parte actora ofreció las actuaciones penales como prueba de su parte** (ver fs. 36 vta.), de allí que corresponde considerar que al notificarse la demanda a la citada en garantía (el 15/07/10, ver fs. 69 vta.), la misma tomó conocimiento de la existencia de la Investigación Penal Preparatoria, y, en consecuencia, debió, en salvaguarda de sus propios intereses, efectuar la debida compulsión de esas actuaciones. En defecto de tal proceder, cobra relevancia el consabido adagio *nemo auditur propriam turpitudinem* conforme el cual no es dable invocar la propia torpeza como sustento de un derecho, y considerando la actividad desarrollada por la citada en garantía y su copiosa experiencia en la faena de litigar, se impone destacar que *“cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”* (art. 902 C. Civ.). De allí entonces que **la imputabilidad de las consecuencias del obrar desplegado por la citada compañía –asunción de la defensa del asegurado- debe ser evaluada con la rigurosidad derivada de la regla consagrada en el precepto antes citado**. A mayor abundamiento, y por si algún resquicio de duda pudiera subsistir, señalo que a partir del 31/10/11 la aseguradora demandada no puede argüir el desconocimiento de la pericia alcoholimétrica practicada, desde que en esa fecha fue recibida en autos la causa penal en cuestión (ver fs. 179).

En ese marco, tal como lo ha sostenido esta Sala en un reciente precedente (Causa nº 58212, “Dobordieu, María de las Mercedes...”, del 11/09/14) ***“es forzoso concluir que asumida la defensa y, en todo caso, omitida su oportuna y fehaciente declinación, resulta no sólo ilegítimo sino contrario al principio de buena fe que rige las relaciones contractuales (art. 1197 C.C.), que la empresa aseguradora pretenda luego sustraerse de su obligación de garantizar la indemnidad del asegurado, en un proceder que no sólo perjudica a este último, sino que también -vale destacar- afecta claramente***

los intereses de la víctima del evento dañoso que ve disminuida la posibilidad de obtener una adecuada reparación de los perjuicios padecidos. Al respecto, ha subrayado Stiglitz que “convencionalmente se ha estipulado que la asunción por el asegurador de la dirección del proceso, importa la aceptación de la responsabilidad del primero frente al asegurado y/o conductor. La reserva formulada en la cláusula en torno a hechos eximentes de los cuales el asegurador tomara conocimiento con ulterioridad al momento en que asumió la dirección del proceso, **es operativa si es hecha valer en el plazo perentorio, de caducidad o de rigor, de cinco días hábiles**, dentro de cuyo período deberá declinar su responsabilidad así como también la defensa en juicio. De lo expuesto se deduce que la excepción al principio no es aplicable a los hechos conocidos o que debía conocer el asegurador al tiempo de asumir la dirección del proceso, pues iniciada la gestión de la litis ella importará ejecución del contrato, circunstancia incompatible con la alegación de hechos obstativos al reconocimiento de la garantía convencionalmente comprometida con el asegurado. Otra consecuencia consiste en que, vencido el plazo concedido al asegurador para declinar su responsabilidad y la defensa en juicio, por haber tomado conocimiento de “hechos eximentes”, el aludido plazo caduca para esos fines” (Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, 5º Ed., Bs. As, La Ley, 2008, Tomo II, pág. 348-349). Piedecabras, por su parte, ha ido incluso más allá al sostener que resulta cuestionable la facultad del asegurador de, una vez asumida la defensa, declinar su responsabilidad y la defensa en juicio en razón de haber tomado conocimiento de hechos eximentes de su responsabilidad. Ello desde que “de ninguna manera se puede someter a los terceros damnificados a los vaivenes propios de una relación contractual común. Si aceptó su responsabilidad y asumió la defensa en juicio civil o criminal, posteriormente no podrá declinarla, y ello se compadece con la filosofía, fines y sentido de distintas normas en materia asegurativa, entre ellas, el art. 56 de la Ley 17.418.” (Piedecabras, Miguel A., *Seguro Obligatorio Automotor*, 1ª Ed., Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2010, pág. 171-172).” (el resaltado es propio).

En suma, acorde lo expuesto en los párrafos antecedentes, **en atención a que la graduación alcohólica del asegurado no superaba el límite pactado entre las partes (fs. 53), y considerando lo pactado en la cláusula 4 in fine de la póliza de seguro (fs. 51 vta.), propongo el rechazo del agravio**

de la compañía aseguradora citada en garantía, por resultar ajustada a las circunstancias del caso la falta de aplicación por el decisorio recurrido de la causal de exclusión derivada de la cláusula 22, I. 19 (fs. 53; arts. 902, 1197 y 1198 C.C.).

V. Concluido lo anterior, procede adentrarse en el análisis de los agravios traídos por las partes en relación con los rubros indemnizatorios reclamados.

1. a. En lo concerniente al **daño material** se agravia sólo la parte actora, cuestionando, por un lado, el quantum indemnizatorio fijado en lo que respecta a la actora **María de las Mercedes Gómez**, conviviente de la víctima, y, por el otro, el rechazo de toda reparación por daños materiales en lo que respecta a las hijas de la víctima.

Respecto del primer cuestionamiento, cabe recordar aquí que la parte actora adujo en su escrito recursivo que los salarios del Sr. Zorzano deben estimarse en una suma cercana a los \$15.000 mensuales (y no en un salario mínimo vital y móvil, por resultar esa suma marcadamente insuficiente y contraria a las máximas de la experiencia), y que, acorde los arts. 1084 y 1085 C.C., debe fijarse una suma que tenga aptitud para asegurar la subsistencia de la conviviente. Pretende así que la indemnización se incremente a la suma de \$1.080.000, y subraya, a la luz de una serie de comparaciones, que la suma indemnizatoria de \$38.500 fijada por el magistrado no cumple con el principio de reparación plena e integral de los daños.

A fin de abordar los embates al *quantum* indemnizatorio bajo análisis, conviene comenzar por subrayar que –a diferencia de lo argüido por la actora recurrente- **la conviviente no se encuentra incluida en la nómina de los sujetos respecto de los cuales el art. 1084 C.C. presume *juris tantum* la existencia y entidad (privación de lo necesario para la subsistencia) del daño sufrido como consecuencia de un homicidio**. En consecuencia, en defecto de la referida presunción legal, la conviviente debe acreditar no sólo la existencia del daño sino también su entidad, la que no se haya alcanzada por una presunción legal aún cuando en defecto de prueba, y a fin de dar cumplimiento a la manda prevista en el art. 165 CPCCC, proceda la aplicación de presunciones *hominis* sustentadas en otros datos derivados de la causa. Al

respecto, ha explicado Zavala de González que “...de los arts. 1084 y 1085 se extrae que la calidad de concubino o conviviente no autoriza a inferir un daño, pero no impiden (sic) la indemnización del perjuicio que se acredite (art. 1079)” (Zavala de González, Matilde, *Tratado de Daños a las Personas. Perjuicios Económicos por muerte*, Bs. As., Ed. Astrea, 2008, T. 2, pág. 161.). Más adelante, explica la autora mencionada que “a la prueba del concubinato debe adicionarse la de los matices circunstanciales, desde el punto de vista económico, sobre cómo se desenvolvía materialmente la coexistencia. Debe recordarse que la acción se funda en la calidad de “alimentario” y no en la de “concubino”...Si se adopta una conclusión diversa, por vía judicial se crearía una inferencia de nocividad similar a la legal (art. 1084, Cód. civil) que, si es lógica cuando hay un deber legal de sostenimiento, no es coherente, cuando todo se supedita a la efectividad de prestaciones espontáneas (...) No obstante, muy distinto de inferir el daño, sin más, a partir del exclusivo concubinato, es instrumentar presunciones judiciales sobre la base de circunstancias adicionales (p. ej., el efectivo desarrollo de actividades productivas por el extinto y su suficiencia para sostener o favorecer la vida en común; la ausencia o limitación de recursos del supérstite; desempeño por la concubina fallecida como ama de casa; existencia de hijos cuya manutención suponía esfuerzos comunes).” (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 2, pág. 198). En el *sub lite*, la sentencia de grado tuvo por acreditada la calidad de conviviente así como que la actora dependía económicamente del Sr. Zorzano –extremos que han arribado consentidos a esta instancia-, mas subrayó -acertadamente- que la demandante omitió aportar a la causa algún elemento de carácter objetivo tendiente a acreditar la entidad de los aportes pecuniarios efectuados por la víctima. Frente a esa deficiencia probatoria, y recurriendo al art. 165 CPCC, el Juez de grado tomó como ingreso presunto de la víctima, el equivalente al salario mínimo vital y móvil (por entonces, \$2.875), y considerando la edad de la víctima, así como los gastos que hubiera efectuado en su persona, estimó la indemnización bajo análisis en la suma de \$38.500.

Al respecto, destaco que en un reciente fallo la Corte Suprema Nacional concluyó, mediante una reflexión aplicable a la cuantificación de cualquier daño en cuanto discurre en torno al alcance del principio constitucional *alterum non laedere* (art. 19 CN), “Que, en conclusión, la adecuada

protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio alterum non laedere toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; entre otros).“ (Fallos 335:2333, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra /c Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27/11/12, Consid. 20).

Partiendo de esa plataforma inicial, adelanto mi criterio en orden a que la suma indemnizatoria de \$38.500 fijada en la instancia anterior, resulta insuficiente para reparar el perjuicio material de la conviviente actora, y a que, más particularmente, el monto fijado como ingresos presuntos de la víctima, no luce ajustado a las circunstancias del caso. Es que, si bien *en lo que respecta a la entidad* del daño bajo análisis –no a su configuración-, la parte actora no ha abastecido las exigencias que emanaban de la carga procesal probatoria que sobre ella pesaba (art. 375 CPCC), y, en consecuencia, esa deficiencia debió ser suplida por el prudente arbitrio judicial acorde **expreso imperativo legal** (art. 165, último párrafo, CPCC), no menos cierto es que **la potestad-deber conferida por el citado precepto, debe ser ejercida atendiendo a las circunstancias del caso, y al principio de normalidad, en decir, a lo que acostumbra suceder según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 902 C.C.)**. En ese entendimiento, advierto primeramente que debe tenerse por cierta la calidad de empresario radial en la que pone énfasis la recurrente. Ello a partir de la coincidente prueba testimonial rendida en autos (testimoniales de fs. 259, 268, 269 y 270, respuesta cuarta), no desvirtuada por prueba en contrario, y

del informe de fs. 161 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, del que surge que efectivamente se había otorgado al Sr. Zorzano un permiso precario y provisorio para emitir en la frecuencia 101.7 Mhz, no obstante que ese permiso se encontraba cancelado en virtud del art. 7° de la Resolución 1366/06 del COMFER.

Adelanto que la cancelación señalada en el referido informe no acredita que la víctima hubiera cesado en la actividad que realizaba. Para justificar la reciente afirmación, resulta necesario efectuar referencia a los antecedentes vinculados con la citada Resolución 1366/06, que, en lo que importa, previó un régimen de normalización para que los titulares o cesionarios de permisos radiales precarios y provisorios, solicitaran la adjudicación directa de licencias en los términos del art. 4º, inciso d) del Decreto Nº 310/98 (relativo a emisoras de baja potencia) a los efectos de la regularización de sus respectivos servicios (art. 1 Res. 1366/06). Para ello, determinó plazos de caducidad vencidos los cuales, conforme el mencionado artículo 7, quedarían automáticamente cancelados los permisos precarios y provisorios emplazados en las provincias determinadas en el ANEXO II (en el cual se encuentra la Provincia de Buenos Aires). Ahora bien, tal como se menciona en la sentencia de origen, **la cancelación del permiso que poseía la víctima en los términos del mentado art. 7 de la Resolución 1366/06, da la pauta de que la mencionada no había regularizado la situación de su emisora radial, mas a la luz de la concordante prueba testimonial rendida, e incluso de lo emergente de la prueba pericial psicológica (ver fs. 415), resulta inverosímil que la radio en cuestión hubiera cesado de emitir señal, aún cuando ello fuera en forma irregular.** Huelga señalar que las consecuencias de esa irregularidad que cabe presumir desconocida por la actora (en atención al ofrecimiento probatorio del informe contestado a fs. 161), no pueden hacerse pesar sobre la mencionada.

A la luz de lo expuesto, considero que tal como lo subraya la recurrente, se encuentra acreditada la calidad de empresario radial de la víctima –con independencia de la irregularidad administrativa con que pudiera ser desarrollada esa actividad, lo que resulta irrelevante a este pleito-, pues, por otra parte, **a la luz de lo que suele suceder según el curso normal y ordinario de las cosas, no es dable suponer que el Sr. Zorzano hubiera devenido de**

titular de un permiso precario de una radio, a empleado en relación de dependencia de esa misma radio (art. 902 C.C., art. 384 CPCC).

Sobre la base de la dicho, procede analizar la razonabilidad del monto equivalente a un salario mínimo vital y móvil en que la sentencia de origen estimó los ingresos de la víctima, adelantando mi criterio en orden a que ese parámetro resulta insuficiente, por cuanto **atenta contra las máximas de la experiencia considerar que quien usufructúa una emisora radial pueda percibir por esa actividad tan sólo el valor equivalente al piso salarial mínimo legal vigente en nuestro país**. En consecuencia, entiendo razonable considerar que la referida actividad debió haber irrogado a la víctima cuanto menos un ingreso neto no menor a dos veces y media el salario mínimo vital y móvil (\$4.400, cf. Res. 3/2014 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil; arts. 165 y 384 CPCC); es decir, la suma de \$11.000. Máxime si se tiene en cuenta, como parámetro orientativo, que suponiendo que el Sr. Zorzano se desempeñara como Jefe de locutores en relación de dependencia, percibiría a la fecha, conforme Acta Acuerdo n° 1416/2014 celebrada el 17/07/14 en el marco del CCT 215/75 entre la Asociación de Radiodifusoras Privadas (A.R.P.A.) y la Sociedad Argentina de Locutores (S.A.L.), un salario básico de \$8981 (si se tratara de una radio de alta potencia; ver Escala C) o uno de \$8380 (si se tratara de una emisora de baja potencia; ver Escala E, cf. art. 29.I.a del CCT 215/75). A ello debería adicionarse un 3% del salario básico de la Escala A o de la Escala E, según sea el caso, por cada año de antigüedad. En consecuencia, teniendo por cierto que la víctima explotaba la emisora radial cuanto menos desde el año 1993 (cf. solicitud de reinscripción efectuada en los términos de la resolución 341/93; ver informe de fs. 161), le hubiera correspondido, conforme las escalas antes referidas, una remuneración *bruta* aproximada de \$14.184,02 o \$12.653,8 (según que se trate de una radio de alta o baja potencia). De allí entonces que, como fuera dicho, considero razonable presumir que el Sr. Zorzano percibía cuanto menos un **ingresoneto equivalente a dos veces y media el salario mínimo vital y móvil; es decir, la suma de \$11.000**.

Partiendo de los ingresos que cabe tener como percibidos por la víctima, y considerando que en el caso la conviviente accionante ha acreditado que recibía aportes pecuniarios de su parte más no ha acreditado su entidad – entidad que, no obstante, debe ser determinada mediante *presunciones hominis a*

fin de cumplir con el art. 165 CPCC-, señalo que **la determinación de esos aportes con sustento en el prudente arbitrio judicial, no podría superar lo que se considere necesario para la subsistencia de la conviviente (cf. art. 1084 C.C.) pues de lo contrario, se situaría al conviviente que omitió probar los alcances de los aportes económicos que recibía, en mejor posición que el cónyuge que incurrió en igual omisión**, respecto del cual la ausencia de prueba conferiría pleno vigor a la *presunción legal* juris tantum consagrada en el citado precepto (nótese aquí que el nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado, extiende la presunción legal en cuestión al conviviente supérstite; ver art. 1745 inc. b). Respecto del alcance de la señalada presunción, Zavala de González ha explicado que la noción de subsistencia debe ser interpretada como “existencia digna” (Zavala de González, ob. cit., T. I, pág. 203) y en lo que concierne al supuesto del cónyuge supérstite (aplicable analógicamente al del conviviente), ha explicado que esa presunción legal – operativa sólo en defecto de prueba en contrario en uno u otro sentido- no puede extenderse a la privación de *todo* lo que fuere necesario para la subsistencia –lo cual pudo haberse justificado con anterioridad a la sanción de la Ley 23.515- , en tanto que *“atendiendo a la reciprocidad del deber alimentario (art. 198, Cód. Civil), es normal que cada uno de los esposos esté en condiciones de autoabastecerse parcialmente, sea por vía de ingresos dinerarios, sea mediante servicios o tareas coadyuvantes del bienestar material; sólo así se explica que vivos ambos cónyuges, cada uno deba contribuir al sostenimiento alimentario del otro. (...) En conclusión, el daño presunto del cónyuge supérstite no puede alcanzar –salvo demostración adversa- la integridad de sus necesidades alimentarias, pues no cabe reputar que ha quedado, a raíz del homicidio, en un estado de absoluta carencia económica. La “prudencia de los jueces” en la fijación del monto de la indemnización, a que alude el art. 1084, cumple aquí un papel esencial”* (Zavala de González, ob. cit. T. I, págs. 295 y 296).

Advertido lo anterior, y a fin de justipreciar la entidad de los beneficios económicos que la conviviente dejó de percibir como consecuencia del deceso de la víctima, pondero que tal como surge del propio escrito de demanda en el que se menciona que la pareja compartía algunas actividades laborales (fs. 30, último párrafo), la mencionada desarrollaba alguna actividad laboral útil junto a su

pareja, con lo que su subsistencia no era sólo satisfecha mediante los ingresos de la víctima.

Por otra parte, en cuanto al período probable de extensión del daño, valoro el extenso lapso de 16 años que llevaban en convivencia la víctima y la coactora Gómez; período que permite presumir válidamente –dada la estabilidad del vínculo- que la relación de convivencia entre ambos se habría extendido por todo el lapso de expectativa vital que le restaba a la víctima -de mayor edad que la actora, la que tenía 49 años al momento del siniestro-, de no haber sido por la interrupción que el evento dañoso ocasionó en el curso natural que presumiblemente habría seguido la vida de los convivientes.

Acorde lo expuesto, considerando una expectativa de vida de la víctima de aproximadamente 15 años al momento de los hechos; descontando el 30% de sus ingresos por considerarlos gastados en su persona (cf. esta Sala, causa n° 53247, “Sanzberro, Celia Cristina...” del 06/08/09; Sala I, causa n° 42.088, “Rodríguez de Domínguez, María F...”, del 29/03/01); disminuyendo luego el monto resultante a la mitad en razón de la asistencialidad recíproca que cabe presumir en los convivientes –en analogía con los cónyuges-, merituando el valor de amortización de la suma indemnizatoria que será percibida en forma actual y única y que deberá consumirse en el lapso esperado de expectativa vital de la víctima (cf. SCBA, causa C 97184, “Pogonza, Liliana Esther...”, del 22/09/2010; esta Sala, causa cit. “Sanzberro, Celia Cristina...”); y ponderando, finalmente, que conforme lo denunciado en el escrito de demanda (fs. 30 *in fine*) la conviviente realizaba alguna actividad laboral con la que, cabe presumir, atendía parcialmente a su subsistencia, estimo que debe aumentarse la cuantificación del daño patrimonial a la suma de **\$450.000** (arts. 901, 905, 906, 1083, doct. arts. 1084 y 1085 Cód. Civ., y 163 inc. 5, 165, 384, 456 y concs. del C.P.C.C.).

b. Por otra parte, como fuera adelantado, la actora recurrente se agravia de la denegación de reparación por **daños patrimoniales a las dos hijas de la víctima**, arguyendo que se ha omitido la aplicación de los arts. 1084 y 1085 C.C., y que deviene contrario a los referidos preceptos y a la doctrina de la SCBA (cita la causa “Lojo Vilela...”, Ac. 36.983, del 13/09/88), que se haya exigido la prueba de la subsistencia de los daños materiales causados a los hijos

mayores de edad, los cuales deben presumirse por imperio de las normas antes mencionadas. Al respecto, adelanto que en mi opinión, el referido agravio no puede ser de recibo. Ello desde que al rechazar la indemnización por daños materiales respecto de las dos hijas mayores de edad al momento del siniestro (cf. certificados de nacimiento de fs. 180 y 181), por considerar que las mismas no habían acreditado el perjuicio patrimonial aducido, la sentencia de grado resolvió de conformidad con el alcance que cabe otorgar a los arts. 1084 y 1085 C.C., acorde no sólo con lo resuelto por esta Sala en la causa “Pistasoli, Roberto Carlos y otros...” (causa n° 54052, , del 10/08/2010), sino también con el criterio de la Corte Suprema Nacional (F. 286. XXXIII; “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros...”, del 24/08/2006, T. 329, P. 3403), la jurisprudencia mayoritaria (Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala 3, causa n° 125, “Chiarvetto, Alicia Elena y otro...”, del 06/05/2009; Cám. Civ. y Com. de Quilmes, Sala 1, causas n° 1524, “López Baez, Venerando...”, del 25/09/2006, y n° 7021, “Cancino, Yolanda...”, del 02/09/2004; Cám. Civ. y Com. 2° de La Plata, Sala 1, causa B 77399, “Cerrutti, Omar H. y otros...”, del 26/07/1994; Cám. Civ. y Com. de San Isidro, Sala 2, causa n° 56012, “Pantuso Luis Alberto...”, del 08/03/1994; Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala 2, causa n° 55754, “Sequeira, Alicia Cristina...”, del 14/12/2004, entre otras tantas), y la opinión de destacada doctrina (ver Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª Ed. Act. Y amp., Ed. Astrea, Bs. As., 2005, págs.. 258 y 265; Zavala de González, Matilde, *Tratado de Daños a las Personas. Perjuicios económicos por muerte*, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, Tomo I, pág. 193, entre otros).

No modifica lo expuesto la postura contraria que la Suprema Corte Provincial adoptó en la causa “Lojo de Vilela” –así como en otras posteriores– citada como doctrina legal por la recurrente, desde que, como se verá, no puede considerarse que esa postura ostente a la fecha categoría de “doctrina legal” y que, en consecuencia, resulte vinculante para esta Alzada departamental (art. 279 inc. 1 CPCC). Para fundar lo antedicho, recuerdo que en la causa L 35.764, “Mendoza, Gustavo A...” (Ac. y Sent., 1986-II-383), el Máximo Tribunal provincial sostuvo (voto del Dr. Negri), que *“si se tiene en cuenta que el fundamento de toda presunción legal es aquello que comúnmente sucede, habrá que convenir que la que está prevista en el art. 1084 del Código Civil, no puede comprender a los hijos mayores de la víctima, pues no es normal ni corriente, y*

hasta carece de contenido ético, que hagan depender su subsistencia del esfuerzo del padre". Más tarde, en la causa "Lojo de Vilela Vda. de Baban, Josefa..." (causa Ac. 36983, del 13/09/88) citada por la impugnante, la Suprema Corte modificó su criterio y sostuvo, con voto del Dr. Laborde, que acorde una interpretación sistemática de los artículos 1084 y 1085 C.C. *"tienen derecho a ampararse en la presunción de daño ocasionado por el deceso –sin distinción-, el cónyuge sobreviviente y los herederos necesarios de la víctima"* (lo aclarado entre guiones es propio). Ese criterio fue mantenido por la Suprema Corte local en causas falladas con posterioridad (causas Ac. 35.428, "Barca de Carretoni..." del 14/5/91; Ac 51243, "De Carlo, Marcela...", del 10/08/93; Ac. 55477, "Petrola, Raúl R..." del 10/06/97; Ac. 75.604, "Bence, Antonio y otra...", del 17/10/01, entre otras), no obstante lo cual, como se adelantó, no puede sostenerse a la fecha que tal criterio ostente la categoría de "doctrina legal". Ocurre que en un reciente fallo dictado sobre la materia (**causa C 112.545, "Falomir, Olga Irma..."**, del **12/09/12**; voto del Dr. Soria), el Alto Tribunal con voto sin disidencias del Dr. Soria, omitió toda referencia al criterio que venía sosteniendo, y tras poner de relieve las dudas en torno a si la presunción emanada de los arts. 1084 y 1085 C.C. alcanzaba a los hijos mayores de edad, y detenerse –sugerentemente- en los fundamentos de quienes, como la Corte Suprema Nacional, se expiden por la negativa, concluyó que, se siguiera una u otra postura, en ese caso se encontraba acreditado que los hijos mayores no recibían ayuda económica de la víctima. Si bien en su adhesión el Dr. Hitters aclaró –en temperamento seguido por el Dr. Negri- que a su criterio bastaba con referir que la prueba reunida acreditaba la ausencia de ayuda económica –resultando innecesario el desarrollo relativo a las dudas sobre el alcance de la presunción en debate-, lo cierto es que no discrepó con los fundamentos expuestos por el Dr. Soria, ni aclaró –como podría haberlo hecho- cuál era el criterio seguido por el Máximo Tribunal Provincial hasta la fecha. **Así entonces, concluyo que el fallo recientemente comentado echa suficiente manto de duda respecto de la actual vigencia en el seno del Máximo Tribunal de la invocada "doctrina legal", y autoriza a esta Alzada a fallar conforme el criterio que ha venido sosteniendo hasta la fecha.** A lo antes dicho, se suman la variación que ha experimentado la conformación del Alto Tribunal desde que se dictaran las causas citadas como partidarias de la invocada doctrina legal, así como la

consideración de que el nuevo Código Civil y Comercial que comenzará a regir el 1 de enero de 2016 (Ley 26994, B.O. n° 32985 del 08/10/2014), coincide, con alguna variación, con el criterio que ha sostenido esta Sala, limitando la presunción de daño patrimonial de los hijos de la víctima a los hijos menores de 21 años con derecho alimentario (art. 1745 inc. b).

Acorde lo expuesto, estimo ajustada a derecho la sentencia del grado anterior en cuanto consideró inaplicable a las hijas de la víctima la presunción *juris tantum* derivada de los artículos 1084 y 1085 C.C. en razón de su mayoría de edad. En ese marco, pongo de relieve que la actora recurrente **limitó su agravio a la falta de aplicación de la presunción en cuestión, mas no cuestionó el fallo impugnado en lo que respecta a la concreta valoración de las pruebas reunidas en la causa**, consintiendo así la conclusión del fallo en orden a que las mismas no acreditan que las hijas del Sr. Zorzano recibieran aportes económicos de éste. De allí que, conforme el principio de congruencia y las facultades de esta Alzada derivadas de los arts. 260 y 272 CPCC, no corresponde revisar esa parcela del decisorio. No obstante, para tranquilidad de la recurrente, subrayo que un cuestionamiento de esa valoración no hubiera modificado el sentido de mi voto, en tanto y en cuanto efectivamente las pruebas colectadas en la causa no son suficientes para acreditar que las hijas mayores del Sr. Zorzano hayan sufrido un perjuicio material a título de lucro cesante (especie de daño patrimonial en la que se centra el agravio; ver fs. 498 vta./500; arts. 260 y 272 CPCC), sea éste actual o futuro. Es que, ni de la prueba pericial psicológica practicada en autos (ver fs. 416/419 y 420/423), ni de las pruebas testimoniales rendidas (fs. 258, 268, 269 y 270) surge que el Sr. Zorzano sustentara económicamente –siquiera parcialmente- a las mencionadas.

Acorde lo expuesto, propongo al acuerdo **confirmar** la sentencia de la instancia de grado en cuanto rechazó la indemnización por daño patrimonial pretendida por las hijas mayores de la víctima, Yamila Diana Zorzano y Paloma Zorzano, (cf. doct. arts. 1084 y 1085 Cód. Civil y arts. 375, 260, 272 y conchs. del C.P.C.C.).

2. Concluido lo anterior, corresponde analizar la procedencia de los agravios introducidos por las partes a los montos indemnizatorios por **daño moral** fijados en la sentencia de origen. Dichos montos fueron apelados por

bajos por la parte actora, limitándose la compañía aseguradora a cuestionar la cuantificación del daño moral en lo que exclusivamente respecta a las hijas de la víctima (ver 467 vta./468 vta.). Cabe recordar que en materia de cuantificación del daño moral, este Tribunal tiene dicho que *“la determinación del resarcimiento que corresponde por daño moral no está sujeta a reglas fijas, sino que su reconocimiento y cuantía dependen del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión”* (esta Sala, causa n° 54.255, “Carrizo, Fermín Osvaldo...”, del 26/08/10).

a. En lo que importa al justiprecio del **daño moral de la Sra. Gómez**, la actora efectuó hincapié en lo dictaminado por la perito psicóloga respecto de su padecimiento espiritual y arguyó –como en todos los supuestos- la inaplicación por parte del Juez de grado de las máximas de la experiencia cotidiana.

A fin de abordar la razonabilidad de la cuantificación efectuada en la instancia anterior, estimo necesario resaltar que en el caso se trata de ponderar el daño moral sufrido por la conviviente –de 49 años al momento del siniestro-, como consecuencia del fallecimiento injusto de su compañero de vida, de 57 años de edad, con el que llevaba 16 años de convivencia (cf. prueba testimonial de fs. 258, 268, 269; y declaraciones testimoniales contenidas en la declaración sumaria de concubinato de fs. 291) y al cual la unía no sólo el intenso afecto que es dable presumir a raíz de la naturaleza del vínculo y del extenso pasado en común, sino también, de la proyección cierta de un futuro en compañía de su ser amado. En lo manifestado en último término, se advierte, vale destacar, una fuente fundamental del daño moral que cabe indemnizar a la Sra. Gómez. Así lo ha entendido Zavala de González al sostener que *“Ante la muerte de un ser querido, propugnamos que, cuando así lo impone el contexto de la víctima, no sólo se evalúe su dolor (asunto subjetivo y eventualmente superable con el tiempo mediante procesos de adaptación), sino el mal existencial futuro, que asume perdurabilidad cuando se ha frustrado el destino elegido, con vaciamiento de un expectable porvenir con quien ya no está”* (Zavala de González, Matilde; *Tratado de Daños a las Personas. Daño moral por muerte*. Ed. Astrea, Bs. As., 2010, pág. 114).

Ilustra en el caso concreto la entidad del daño moral padecido por la conviviente, la pericia psicológica de fs. 411/423 –efectuado al cabo de dos años del fallecimiento de la víctima- en la que a fs. 414 se informa que *“el accidente impacta en forma abrupta sobre el psiquismo de María de las Mercedes Gómez, por lo inesperado e imprevisto en primera instancia y por lo prolongado del período en situación de riesgo de vida del accidentado que conlleva la convivencia con su deterioro físico progresivo y con los sucesivos altibajos en su evolución médica. Del relato de la entrevistada se hizo evidente su compromiso con la situación apareciendo el recuerdo teñido de angustia (.....). La repercusión sobre su vida psíquica en la actualidad refiere al desvalimiento y desapuntalamiento que sufre producto de la ausencia de quien la contenía emocionalmente. La estructura predominantemente defensiva de la periciada propició el ajuste que la situación de emergencia requería, pero la ausencia posterior hizo evidente la vulnerabilidad de personalidad subyacente, visible en el desapuntalamiento que aún hoy a dos años se hace evidente en la angustia que emerge cuando la defensa se debilita, en el no poder organizar eficientemente su vida y lograr una autosubsistencia acorde a sus expectativas mínimas.”* La referida prueba pericial, refuerza la evidencia y entidad de un daño que, atento a las circunstancias del caso (naturaleza del vínculo, duración de la convivencia, etc.), cabe tener por probado *in re ipsa*. En adición a ello, y al igual que lo efectuado en la sentencia impugnada y en la pericia psicológica citada, valoro como relevante para la justa ponderación del perjuicio espiritual que ha padecido y padecerá la accionante, el extenso período (55 días, cf. certif. de defunción de fs. 26) por el cual la mencionada estuvo sujeta a la angustia y desgaste emocional propios del estado agónico en que se hallaba su conviviente, así como la especial cercanía del vínculo que los unía –palpable a tenor de lo informado en la pericia psicológica de fs. 412/416-, y al rol de “bastión emocional” que a la luz de la referida prueba ostentaba el Sr. Zorzano en la vida de la accionante. Por otra parte, pondero la relevancia que en sí misma posee la convivencia –cuando ella, como en el caso, excede la mera cohabitación- como factor agravante del dolor moral ocasionado por la pérdida de un ser querido. Es que la ausencia de un ser con el que se compartía el transcurrir diario, no sólo acrecienta el daño moral derivado del sentimiento de soledad que sobreviene en quien pervive –que ve truncado un futuro proyectado en compañía-, sino que la convivencia previa

naturalmente ocasiona la recurrente percepción de la ausencia del ser amado, y, con ello, la repetida renovación del padecimiento espiritual que ocasionó la muerte en sí misma. Lo dicho constituye, sin duda, un natural agravante del daño moral que de consuno ya produce el fallecimiento de un ser amado.

Los extremos mencionados, valorados a la luz de las sabias directrices delineadas por Mosset Iturraspe para la reparación del perjuicio moral (Mosset Iturraspe, Jorge, *Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*, Pub. en La Ley 1994-A. 728; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/07, pág. 181), y de los últimos precedentes dictados por este Tribunal en la materia (ver especialmente causa n° 58514, "Molina, Silvia Viviana...", del 17/06/14), me convencen de que debe hacerse lugar al recurso de apelación incoado por la actora recurrente, e incrementarse la indemnización por daño moral otorgada a la suma de \$135.000 (arts. 1078, 1083 y concs. Cód. Civ.; arts. 260, 261 y 384 C.P.C.C.).

b. En lo que atañe al **daño moral de las hijas** de la víctima, la cuantificación en la suma de \$100.000 efectuada en la sentencia de la instancia anterior, fue recurrida por baja por la parte actora y por alta por la demandada.

Para sustentar el carácter a su entender exiguo de la referida indemnización, la parte actora recurrió, en lo esencial, a introducir una serie de comparaciones que entiende reveladoras de la inequidad del monto fijado. A su turno, la aseguradora recurrente destacó, en lo que importa, que ninguna de las hijas residía con la víctima -desde que Paloma vivía en Buenos Aires, y Yamila en Estados Unidos-; que en el caso de hijos adultos normalmente no se adiciona al cariño una verdadera necesidad de los progenitores para desarrollar la propia existencia, lo cual, en el caso, se desprende -según entiende- de la pericia psicológica; y que en ambos casos se trata de hijas desenvueltas e independientes.

Al respecto, se ha señalado que *"Ninguna duda cabe de la afectación espiritual que padece un hijo por la pérdida de su padre (...) el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un factor cronológico, sino que a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes. Contrariamente, cuando la avanzada edad de los*

progenitores se correlaciona con un estadio en que los hijos no dependen ya estrictamente de aquellos, por haber alcanzado la madurez, la situación no puede compararse con el más profundo y cabal desamparo espiritual en que quedan los hijos no formados. **El derecho a gozar de la vida del padre o la madre es igual en abstracto, pero no lo es en la medida concreta de ese goce perdido (y el daño moral correspondiente), que se califica en función de las circunstancias (art. 1078, 1084, 1085 del C. Civil).**” (Cám. Civ. y Com. 2ª de La Plata, Sala 3, causas n° 101436, “P., A. y otro...”, del 25/02/2010 y n° 109215, “V., M. R. y otros...”, del 27/11/2008; el resaltado me pertenece).

En concordancia con el criterio seguido por la jurisprudencia citada, valoro en el caso la mayoría de edad de las hijas de la víctima, y la acreditada circunstancia de que las mismas no convivían con el Sr. Zorzano (ver prueba pericial psicológica, fs. 417 y 420), e incluso vivían una en otra ciudad (Paloma) y la otra en diferente país (Yamila). Es que si bien es cierto que resulta natural y esperable que los hijos mayores ya no convivan con sus padres, no lo es menos que la falta de convivencia y contacto diario y permanente –como el que poseía la conviviente actora en autos- necesariamente constituye un factor que merma el daño moral derivado del fallecimiento del ser querido, pues, como se ha señalado párrafos atrás, **si bien el dolor espiritual causado por el hecho mismo de la muerte se presume equivalente, no ocurre lo mismo con el padecimiento espiritual y el sentimiento de soledad que adicionalmente sufre quien poseía su existencia diaria estrechamente ligada a la de la víctima**, y necesariamente se ve sometido a la constante percepción de la ausencia, hasta en las cuestiones más pequeñas y cotidianas, del ser querido que ya no está (en igual dirección, ver Zavala de González, Matilde, *Tratado de Daños a las Personas, Daño moral por muerte*, ob. cit., págs. 402, 405 y 522).

Ahora bien, paralelamente a lo hasta aquí expuesto, no escapa a mi juicio la **incondicionalidad e intensidad afectiva que como regla acompaña todo vínculo paterno-materno filial** (y que, a la luz de la pericia psicológica practicada a fs. 411/423, cabe tener por cierta en el caso de marras); vínculo que supera toda distancia física y cuya estabilidad –salvo casos de excepción – es dable presumir con mayor fuerza que en cualquier otra relación. A ello se suma la consideración de que la edad que poseían Yamila y Paloma al momento de fallecer su padre (24 y 20 años respectivamente, cf. certificados de fs. 180 y

181), resultó lo suficientemente temprana como para importar –en el caso- la **irreversible imposibilidad de compartir con su progenitor momentos cruciales que cabría presumir pendientes en su historia vital** -vgr. casarse, ser madres etc.-, generándose así un fuerte daño espiritual que debe ser adecuadamente compensado. La ponderación conjunta de las reflexiones hasta aquí efectuadas, así como anteriores precedentes de este Tribunal dictados en la materia (ver especialmente causa cit. nº 58514, "Molina, Silvia Viviana...", del 17/06/14) me convence de que el monto en que el fallo de la instancia anterior cuantificó el daño moral de las hijas del Sr. Zorzano, debe ser elevado a la suma de \$110.000. En razón de lo expuesto, propongo el acogimiento del recurso incoado por la parte actora, y el consecuente rechazo del recurso de apelación articulado por la compañía aseguradora.

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes** adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Juez **Dra. Longobardi**, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior se resuelve: **1. Rechazar** el agravio de la compañía aseguradora Provincia Seguros S.A., confirmándose la sentencia de la instancia anterior en cuanto omite aplicar la causal de exclusión de su responsabilidad prevista en la cláusula 22, I.19 de la póliza de seguro. **2. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la indemnización por daño patrimonial de la Sra. María de las Mercedes Gómez a la suma de \$450.000 (cuatrocientos cincuenta mil Pesos), con más los intereses calculados del modo determinado en la sentencia recurrida. **3. Confirmar** la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza el daño patrimonial reclamado por las hijas de la víctima, Yamila Diana Zorzano y Paloma Zorzano. **4. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la indemnización por daño moral conferida a la Sra. María de las Mercedes Gómez a la suma de \$135.000 (ciento treinta y cinco mil Pesos), a la que deberán adicionarse los intereses calculados conforme la sentencia de primera instancia. **5. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la

indemnización por daño moral otorgada a las hijas de la víctima, Yamila Diana Zorzano y Paloma Zorzano, a la suma de \$110.000 (ciento diez mil Pesos) cada una, a la que deberán adicionarse los intereses calculados conforme la sentencia de primer grado. **6. Imponer** las costas de alzada a la compañía aseguradora, vencida en el trámite recursivo (arts. 68 y 69 del C.P.C.C), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Decr. Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes** adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Azul, de noviembre de 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., **se resuelve:** **1. Rechazar** el agravio de la compañía aseguradora Provincia Seguros S.A., confirmándose la sentencia de la instancia anterior en cuanto omite aplicar la causal de exclusión de su responsabilidad prevista en la cláusula 22, l.19 de la póliza de seguro. **2. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la indemnización por daño patrimonial de la Sra. María de las Mercedes Gómez a la suma de \$450.000 (cuatrocientos cincuenta mil Pesos), con más los intereses calculados del modo determinado en la sentencia recurrida. **3. Confirmar** la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza el daño patrimonial reclamado por las hijas de la víctima, Yamila Diana Zorzano y Paloma Zorzano. **4. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la indemnización por daño moral conferida a la Sra. María de las Mercedes Gómez a la suma de \$135.000 (ciento treinta y cinco mil Pesos), a la que deberán adicionarse los intereses calculados conforme la sentencia de primera

instancia. **5. Modificar** la sentencia de primer grado e incrementar la indemnización por daño moral otorgada a las hijas de la víctima, Yamila Diana Zorzano y Paloma Zorzano, a la suma de \$110.000 (ciento diez mil Pesos) cada una, a la que deberán adicionarse los intereses calculados conforme la sentencia de primer grado. **6. Imponer** las costas de alzada a la compañía aseguradora, vencida en el trámite recursivo (arts. 68 y 69 del C.P.C.C), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Decr. Ley 8904/77). Por razones de economía y celeridad procesal (art. 34 inc. 5º ap. e del C.P.C.C.), notifíquese al Sr. Asesor de Menores e Incapaces en la Instancia de origen. **Regístrese. Notifíquese** a las partes por Secretaría y devuélvase.