En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., R. O. y otra c/ H., A. E. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 17.009/08**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 358/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 204), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 172/174? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los recursos.

El juez de grado condenó a A. E. H. a pagar a los señores R. O. A. y M. P. C. la suma de pesos trescientos ocho mil; integrada por los rubros y montos que detalló: $72.000 por pérdida de chance; $36.000 en concepto de daño psicológico y 200.000 por daño moral, con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha de la sentencia para los dos últimos rubros y, para el caso del primero, del evento dañoso, según consta a fs.

172/174 de los presentes autos.

La sentencia fue apelada por la parte actora a fs. 175; por la parte demandada y la citada en garantía a fs. 176; por los Dres. M. L. B. y M. D. V., por propio derecho, a fs. 178. Los recursos fueron concedidos a fs. 177 y 178, respectivamente.

2. Los agravios.

2.a. Fundamentos de la parte actora.

La parte actora lo fundó a fs. 184/188. Se agravia, en primer lugar, porque el juez afirmó que existe orfandad probatoria respecto a la mecánica del accidente. Sostiene que del expediente penal incorporado al proceso surge ese extremo y que la valoración de la prueba por parte del juzgador debe ser integral.

Los restantes agravios (dos) se refieren a los montos de condena. Mediante el segundo agravio, impugna la cuantificación de la pérdida de chance, aduce que la reducción a un 40% de lo reclamado en el escrito de inicio es caprichosa.

Respecto al daño moral –tercer agravio-, manifiesta que le genera gravamen la falta de motivación del fallo. Concretamente, alega que el juzgador no ha explicitado las bases que sustentan el pronunciamiento y tampoco ha dicho por qué no hace lugar al monto peticionado. Invoca un fallo del 27/12/2007 del "Superior Tribunal de Justicia Porteño" (sic), señala las dificultades que entraña la cuantificación de un padecimiento inmaterial y pide la elevación del monto correspondiente a este partida a la suma de pesos doscientos cuarenta mil.

2. b. Fundamentos de la parte demandada y la citada en garantía.

Ambas partes se agravian por la falta de

tratamiento de la principal defensa interpuesta: aceptación del riesgo. Sostienen que tal déficit descalifica a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Invocan nuevamente las circunstancias de hecho que, a su entender, implican la aceptación del riesgo por parte de la víctima y piden la subsanación de lo que califican como grosera omisión del juez de grado.

El segundo agravio se refiere a la confusión de las responsabilidades del dueño y guardián. Sostienen que el juez omite analizar la responsabilidad del dueño del rodado, que solo "alcanza" a decir algo sobre la culpa del conductor pero nada dice respecto a la responsabilidad de su representada que sólo puede ser condenada en virtud del riesgo o vicio de la cosa y jamás en el marco de un supuesto de responsabilidad subjetiva.

Insisten en los severos vicios de la sentencia y agrega que, con fundamento en las pruebas colectadas, es dable afirmar que no ha existido vínculo o relación de causalidad alguna entre el vehículo como cosa riesgosa y el daño. Señala que la causa del trágico accidente fue la imprudencia tanto del conductor como de los pasajeros que aceptaron transitar por un acantilado en horas de la noche sin caminos y sin protecciones.

El tercer agravio se vincula con los montos indemnizatorios que se consideran excesivos. El fijado en concepto de pérdida de chance se impugna con base en la situación económica de los padres y el correspondiente al daño moral teniendo en cuenta los precedentes de este Tribunal en casos similares.

Se cuestiona por último la procedencia

del rubro “daño psicológico” por el cual se asignó la suma de pesos treinta y seis mil a los reclamantes; el fundamento es la falta de autonomía. Afirma que el daño psicológico integra el daño moral o el material dependiendo del tipo de perjuicio: cuando éste es espiritual corresponde a la primera categoría y cuando afecta la actividad productiva a la segunda.

Subsidiariamente, pide la reducción por considerar excesivo el monto.

3. Tratamiento de los agravios.

La reseña efectuada en el acápite anterior demuestra que los temas sometidos a revisión por cada uno de las partes son los siguientes: actora: mecánica del accidente y monto de condena; demandada asunción de riesgos y montos de condena. Lo expuesto demuestra que, a excepción del primer supuesto, los temas sometidos a revisión versan sobre las partidas indemnizatorias y su cuantificación; en función de ello trataré los agravios individuales de cada recurrente para luego dar tratamiento conjunto a los agravios comunes.

1. La mecánica del accidente (primer agravio de la parte actora):

El primer agravio de los actores se refiere a la afirmación del juez sobre la orfandad probatoria respecto a la mecánica del accidente. El contenido es confuso, no alcanza el nivel técnico suficiente para ser considerado como una crítica concreta y razonada en los términos del artículo 265 del CPCCCh.

El concepto de crítica “concreta” y "razonada", contenido en el artículo citado, constituye una carga técnica: deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se

atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación.

El recurrente sólo manifiesta su disenso en forma confusa sin siquiera resaltar cuál es el perjuicio, frente a la condena de la contraria, que le causa al recurrente la afirmación del juez de grado sobre la orfandad probatoria respecto a la mecánica del accidente.

Repárese que a –fs. 186- sostiene: "De lo dicho se deduce que la parte demandada y la citada en garantía no es en la presente vía recursiva el obstáculo para la viabilidad de la pretensión del actor, sino más bien el propio juez que no efectúa un análisis exhaustivo de las probanzas arrimadas a lo que insisto se reflejó sin lugar a dudas en el resultado final" (sic).

El párrafo citado grafica claramente las carencias referidas. A los errores de sintaxis y de ortografía que entorpecen la comprensión de toda comunicación escrita, se agrega –fundamentalmente- la falta de precisión del perjuicio que la resolución causa al recurrente. Ello así desde que el juez ha declarado la responsabilidad civil plena de la contraria.

Por lo expuesto, se rechaza este agravio por inadmisible.

2. La asunción de riesgos (primer agravio de la demandada y de la citada en garantía).

El primer agravio de la demandada y de la aseguradora nos remite al examen de la aceptación o asunción del riesgo que fue opuesta como defensa causal

al momento de contestar la demanda –fs. 60 vta. y 61-.

Previo a toda consideración, debo señalar que asiste razón a la recurrente respecto a la falta de tratamiento del planteo de asunción de riesgos opuesto por su parte al contestar la demanda. Huelga señalar que estamos ante una cuestión sustancial para la adecuada solución del litigio; por ello y teniendo presente además la expresa solicitud de pronunciamiento –art. 278 del CPCCCh- introducida al expresar agravios, debe este Tribunal proceder a su tratamiento.

La propia demandada ha dado un contenido preciso a la expresión "aceptación de riesgo" que, como sabemos y la propia parte lo reconoce, no es una institución autónoma. En efecto, al contestar la demanda ha sostenido "que constituye una aplicación del hecho de la víctima como causa o concausa del daño, al participar activamente en una situación de especial peligro, enfrentándolo desaprensivamente" –fs. 44vta.-.

En tal marco, y sin participar de la discusión doctrinaria respecto a la controvertida figura invocada, he de precisar cuáles son los hechos probados de la causa que impiden el acogimiento de la defensa, ya sea como eximente, como supuesto de inversión de la carga de la prueba, como cláusula tácita o implícita de responsabilidad, como exposición a un peligro anormal o extraordinario (cfr. Enrique Müller, "La aceptación o asunción del riego o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo de aventura. Las prácticas deportivas. Otras hipótesis"; Revista de Derecho de Daños, 2006-2- 142, Rubinzal Culzoni Editores).

Las escasas pruebas reunidas tanto en los presentes autos como en la causa penal permiten

señalar los siguientes extremos:

- La víctima se unió a un grupo de pesca integrado por J. M. H., L. J. Da C., J. A. H., E. J. O., familiares de distintas edades, al que posteriormente se sumó W. A. A..

- El vínculo resulta de la declaración de W. A. A., brindada en sede penal -fs. 22 del legajo de investigación del Ministerio Público Fiscal, identificado bajo el n° 4002, caratulado "A. R.-Da C. L.-H. J. M. s/ muerte accidental", agregado a los presentes según constancia de fs. 151-. El declarante identifica a los nombrados como su cuñado, su sobrino, su cuñado, su concuñado –respectivamente-.

- Las edades de los integrantes del grupo, a la fecha del evento dañoso eran, y en el orden ya referido, 29 años, 18, 17, 27, 31 y 19 la de R. A..

- La conducción del vehículo siniestrado estuvo a cargo de la persona mayor de edad de ese grupo, es decir de J. M. H. (29 años).

- El conductor estaba habilitado para conducir no sólo automóviles sino también vehículos correspondientes a las categorías D-2-E.1 y las clases B y C –ver constancia obrante a fs. 29vta. del legajo de investigación fiscal-.

- No se comprobó la consumición de bebidas alcohólicas en límites superiores a los autorizados. El testigo A. refiere el consumo de dos botellas de cerveza entre los seis integrantes del grupo –fs. 22-; el informe policial de fs. 3, da cuenta de que al proceder a la requisa del rodado se incautó una "cerveza cerrada".

- El lugar no es de acceso difícil y tampoco está prohibido. El parte policial obrante a fs. 1 del referido legajo, lo describe del siguiente

modo: “Al lugar se accede transitando por Ruta Provincial n° 2 desde Kilómetro Ocho a Caleta Córdoba, es decir de Sur a Norte aproximadamente unos tres kilómetros por la Ruta se retoma por un camino alternativo pasado por detrás del Faro se llega a un acantilado de unos treinta metros de altura”.

- El conductor conocía el lugar. El testigo A., al ser preguntado si tiene algo más que agregar quitar o enmendar a lo ya declarado –siempre en el legajo de investigación fiscal- expresamente contestó: “Que sí que desea dejar claro que siempre iban al mismo lugar, es decir el barranco lo conocían muy bien”.

- El automotor utilizado estaba en muy buen estado de conservación, como lo ha dictaminado el perito designado en sede penal –fs. 27 causa citada-.

Con base en estos extremos sostengo que R. A. no se expuso a riesgos excepcionales que permitan extraer el caso del encuadramiento del riesgo creado para colocarlo en el ámbito del hecho de la víctima. Insisto, R. participó junto con otros jóvenes de su edad y adultos mayores de un día de pesca. La actividad comenzó de día en un lugar conocido por las personas mayores de edad; el vehículo era conducido por una persona habilitada para conducir, es decir con idoneidad técnica certificada por la autoridad que expidió la licencia de conducir.

Respecto de este último recaudo, destaco que el conductor del vehículo se encontraba habilitado para conducir vehículos de las categorías ya reseñadas. La categorización y el contenido surge del artículo 116 de la ley nacional de tránsito: “B” (automóviles y camionetas con acoplado de hasta 750 kilogramos de peso o casa rodante); “C” (camiones sin acoplado y los

comprendidos en la clase B); “D 1” (servicio de transportes de pasajeros) y “E 1” (camiones articulados o con acoplado). Es decir, se trataba de un conductor profesional.

Las consideraciones efectuadas refuerzan la solución consagrada; es decir, la improcedencia de la liberación de responsabilidad por la sola intervención de la víctima en una actividad con peligrosidad genérica y abstracta: aceptar ser transportado, en un automóvil en buen estado de conservación, por un chofer profesional a un lugar de pesca al que concurrían habitualmente y al que se accede por una ruta nacional y un camino vecinal.

En relación con los restantes agravios, señalo que tampoco prosperarán. Es que las partes demandadas no han podido demostrar la transferencia de la guarda de la cosa. El uso del automotor por parte del hermano de la titular registral es insuficiente para demostrar la pérdida de toda posibilidad de contralor y vigilancia de la cosa. En definitiva es la demandada quien tenía poder jurídico y material sobre el rodado, ya sea que se sirviera personalmente o confiara la tenencia o conducción a un tercero.

El vicio en el comportamiento o funcionamiento de la cosa que plantean en su memoria no es oponible a las víctimas, ergo no tiene entidad para habilitar la revisión del fallo.

Por todo lo expuesto se rechaza el agravio.

3. Agravios comunes (Montos por pérdida de chance y daño moral).

3.a. La pérdida de chance.

La estimación efectuada por el juez de grado ha sido impugnada por ambas partes, la actora por

exigua, la demandada por excesiva.

Previo a toda consideración, es dable recordar que la pérdida de una chance es definida como la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o del hecho ilícito

Caracteriza a la chance la coexistencia de un elemento de certeza y otro de incertidumbre. "Certeza de que de no mediar el evento dañoso -trátese de un hecho o un acto ilícito, o de un incumplimiento contractual- el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero a la par, incertidumbre, ya, de sí, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado" (Zannoni, Eduardo A.: "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Bs. As. 1982, p. 50/51).

Estas notas distintivas de la chance obligan a proyectar la situación a sus razonables consecuencias y ninguno de los recurrentes ha logrado demostrar que el monto es irrazonable.

Los argumentos esgrimidos por la parte actora revelan una mera disconformidad con el monto condenado; dogmáticamente sostiene que la reducción es caprichosa pero no confronta el motivo central de la reducción del reclamo inicial: existencia de otra hija. Esta omisión sella la suerte de la revisión; no se ha logrado desvirtuar una solución justificada lógicamente en los antecedentes de la causa, ergo dotada de congruencia.

La queja de los demandados adolece de similares deficiencias, se sostiene la demasía del

monto de la partida bajo el único argumento de la situación laboral de los padres. Por un lado, ya he señalado que el juez ha valorado expresamente esta circunstancia, por otra la mera invocación es insuficiente desde que no se demuestra que no es razonable la estimación.

Si bien tal extremo es más que suficiente para rechazar el agravio, es dable recordar que la estimación del valor no debe ser efectuada con criterios exclusivamente económicos. Por el contrario y tal como lo he advertido en anteriores pronunciamientos (SD n° 64/04 y 93/04, entre otras), debe ser efectuada mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres y de las mujeres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios (CS, Fallos: 310:2103; 312:1597, entre otros).

Bajo esta premisa esencial, no se puede soslayar la ayuda que los hijos pueden prestar a sus padres en la vejez, cuando estos no se pueden valer por sí mismos (desde el simple gesto de hacerles compañía, hasta su cuidado cuando están enfermos). Es decir, las prestaciones asistenciales que también tienen una connotación económica.

Por las razones expuestas se rechazan los agravios de la actora –segundo agravio del memorial de fs. 184/188- y de los demandados –puntos 39 a 41 del memorial de fs. 190/196- respecto de la pérdida de chance.

3. b. El daño moral.

El monto fijado en concepto de daño moral ha sido también observado en ambas expresiones de agravios sin fundamentos precisos.

Reconociendo una vez más la dificultad

que presenta el tópico es necesario recordar que deben ser exteriorizadas las bases lógicas y jurídicas sobre las que el juez ha sentado su estimación y ello se ha cumplido en la especie. El juez de grado, si bien en forma mínima, ha referido concretamente al extremo e intenso dolor que genera la pérdida de un hijo

La impugnación de las partes demandadas se sustenta en lo elevado del monto indemnizatorio según antecedentes obrantes en la jurisdicción que no individualiza.

La orfandad técnica del agravio es manifiesta y por lo tanto corresponde el rechazo.

A mayor abundamiento, agrego que la suma fijada por este concepto con más los intereses computables desde la fecha de la sentencia no resulta arbitraria por exceso, ni apartada de los hechos probados de la causa.

En orden al primer aspecto reseñado destaco que no comporta un cambio de vida para la víctima o su familia. Es decir, no es fuente de enriquecimiento y respecto al segundo, solo cabe hacer una prudente referencia como ha realizado el juez a la entidad de la pérdida -un hijo-.

No prosperará por la reducción del monto y adelanto que tampoco tendrá acogimiento la pretensión del actor de ampliación del monto en un veinte por ciento como pretende. No demostró la interesada la irracionalidad del monto fijado; los fundamentos esgrimidos en defensa de su postura tan sólo importan una mera disconformidad con lo resuelto y por lo tanto impiden tener por configurada la carga técnica exigible por expresa previsión del artículo 265 del ritual.

En este marco, la suma fijada en concepto de daño moral ha de ser confirmada.

4. El cuestionamiento de la procedencia del daño psicológico (agravio de la demandada y citada en garantía).

Las partes condenadas han cuestionado la procedencia del llamado daño psicológico y adelanto que prosperará el agravio.

Invariablemente esta Sala ha sostenido, siguiendo la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, que el daño psicológico no constituye en sí mismo un daño independiente del material o moral, sino una especie del uno o del otro. Ello porque puede traducirse en un perjuicio material (por la repercusión que pueda tener sobre su patrimonio) cuanto un daño no patrimonial o moral (por los sufrimientos que sea susceptible de producir).

No obstante ello, hemos considerado que, más allá del modo en que la parte ha etiquetado su reclamo, cuando se produjo prueba pericial de la que surge la necesidad de efectuar un tratamiento psicológico, corresponde en concepto de gastos terapéuticos hacer lugar al reclamo. Incluso hemos sostenido que más allá de la falta de estimación del tiempo de las sesiones y del valor de cada una de ellas, corresponde la estimación prudencial del tribunal (conforme sentencia n° 16/06).

Ahora bien, en el caso no se ha producido prueba alguna tendiente a acreditar la necesidad de un tratamiento y huelga señalar que la dispensa probatoria no puede ser absoluta, máxime teniendo en cuenta la naturaleza del gasto terapéutico que nos ocupa.

Por las razones expuestas propongo el a-cogimiento del agravio y la consecuente reducción del monto de condena del que deberá detraerse la suma de

pesos treinta y ocho mil fijados por esta partida.

5. Los recursos contra la regulación de honorarios.

Los recursos interpuestos contra la regulación de honorarios carecen de virtualidad jurídica en mérito a la modificación del monto de condena que se propone.

6. Costas y honorarios.

En un todo de acuerdo con la resolución que propongo, corresponde la adecuación de costas y honorarios de la instancia de grado (art. 279 del CPCCCh). Las primeras se mantienen y los honorarios se fijan por aplicación de las pautas generales del artículo 6 (monto del proceso comprendido por capital intereses, complejidad del asunto, resultado obtenido y relación de éste con el mérito de la gestión profesional y la trascendencia para la situación de las partes), las específicas de los artículos 7, 9, 37 y 39, todos de la ley 4335, en el momento del acuerdo.

En el caso de los Dres. M. L. B. y M. D. V., dado que asumieron en forma conjunta la representación tanto de la parte demandada como del ente asegurador, sustentando coincidentes posiciones que los llevaron a actuar bajo un interés común, los honorarios deben estimarse como si fuesen una sola presentación letrada. Es que el interés de quienes constituyeran un litisconsorcio necesario anómalo se halla representado en el juicio por el monto demandado y, reitero, contra su progreso litigaron con base en análogas posiciones.

Las costas de esta instancia se imponen por el orden causado, teniendo presente que el resultado que se propone implica la existencia de vencimientos parciales y mutuos.

Los honorarios de esta instancia, se difieren, asimismo, para el acuerdo con aplicación de las pautas generales citadas y la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento.

En todos los casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 175.

2°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía a fs. 176.

3°) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 172/174, modificando el monto de condena a la suma de pesos doscientos setenta y dos mil con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia.

4°) Costas de esta instancia por su orden.

5°) Fijar los honorarios de primera y segunda instancia en el momento del acuerdo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Quien me preside en el sorteo de la presente causa afronta el examen de procedencia formal de las apelaciones en contra de la sentencia de fs. 172/174, conforme datos de planilla de elevación de fs. 180 y en ajustada síntesis expone el contenido de las quejas formuladas a fs. 184/188vta., contestada a fs. 199/200, y a fs. 190/196vta. lo que evita su mera reiteración y autoriza a emitir opinión, pero invirtiendo el orden de tratamiento, ya que de acogerse la pretensión de la accionada los de la accionante

carecerán de sustento.

Así, aquéllos opugnan severamente la actuación del a quo a la hora de fallar, ya que habría incumplido los deberes que a tal hora le impone el art. 163 CPr.

Hechos como el que se debate en cuanto a su responsabilidad y consecuencias han motivado profundos debates inconclusos tanto en doctrina como en jurisprudencia, circunstancia que no ha conmovido al a quo que, con su característica ligereza y vaguedad, resuelve cada una de las cuestiones que integran la litis.

El contenido del primer agravio a tratar avala el reproche formulado en el punto anterior. Se alegó en origen la aceptación de los riesgos de la víctima como eximente de responsabilidad de los demandados. El tratamiento de esta cuestión fue tangencial y aparente. Se lo libera de toda sospecha al no haber sido ni el conductor ni haberse probado encontrarse perturbado por la ingesta de alcohol (ver 2° párr. del p. 3 de los considerandos). Olvida el sentenciante que la defensa no se funda en ninguna de esas circunstancias, sino la de haber aceptado, la víctima, ser transportada por quien no estaba en condiciones de obrar con total prudencia pese a las especiales características del lugar.

Kemelmajer de Carlucci, al comentar el art. 1111 del Código Civil y discernir respecto a tal doctrina apoyando sus reflexiones en palabras de Mosset Iturraspe recuerda que: “Bien se ha dicho que aceptar riesgos de dañosidad, admitir un perjuicio que se sufre en el cuerpo, la salud o los sentimientos, en los bienes, derechos o relaciones jurídicas, es, de por sí, algo insólito. No puede sostenerse, razonablemente, que

sufre un daño quien quiere sufrirlo; no es normal, no puede suponerse ni presumirse. El daño es una desgracia, patrimonial o moral, y la naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos". De allí, continúa la autora de la nota, "...en general, la aceptación de los riesgos no es causal de supresión ni de disminución de responsabilidad. Para que ello acontezca, esta aceptación, de conformidad con las circunstancias, debe constituir una culpa... Es decir, la aceptación tiene influencia cuando el riesgo asumido es anormal o extraordinario (ver "Código Civil y leyes complementarias", dirigido y coordinado por Belluscio y Zannoni respectivamente, Ed. Astrea 1984, t. V, pág. 394/395, parág. 6 y sus citas; en la misma línea de pensamiento ver v. gr. CSJN en "Tomasetti de Bonicelli, María y otra c. Empresa Ferrocarriles Argentinos" 1992/07/07 LL 1992 -D, 550; "Tettamanti, Raúl O. y otros c. Baccino, Orlando A. y otros", 1996/04/30, LL 1996 - D, 274 y DJ 1996-2-198 y en "Quintana, Mirna E. y otro c. Carafi, Juan M. y otros" de 2001/10/23, RC y S, 2002-763 entre muchos).

Así, y sin entrar a considerar las distintas opiniones respecto a la raíz de la cuestión en debate (ver v. gr. "La debatida -naturaleza jurídica- del transporte benévolo. Interés e importancia que presenta su determinación en el actual Derecho de daños" por Ubiría, Fernando, 01-02-2003, cita: MJ-DOC-2184-AR, ED 204-751, MJD2184), que por otra parte no está discutido en autos, podemos afirmar que aún dentro de la precariedad argumental del fallo impugnado se ha enrolado en la doctrina antes señalada y al respecto se ha dicho que: "En tanto se atiene estrictamente a la letra del artículo 1113 del CC el fallo resulta acorde con la casi unánime jurisprudencia

de los tribunales, salvo contadas excepciones (vgr. Cám. Nac. Civil Sala H 13/12/1996-La Ley 1997 C, 637. DJ 1997 3468; Cám. Civ. de Lomas de Zamora "Fernández de Massari c/González Gabriel" —Juba B 2600031), según la cual la responsabilidad es aquiliana. Frente a la víctima responden quienes son titulares o guardianes de la cosa riesgosa y solo se eximen probando culpa de la propia víctima o de un tercero por quienes no deben responder. Ello es así aunque hayan accedido a transportar a una persona que resultó víctima, desinteresadamente por caridad. La SC Bs.As. ha expresado en forma categórica que donde la ley no distingue no debemos distinguir" (ver "El transporte benévolo. Responsabilidad del conductor frente a la víctima. Caso fortuito como eximente de responsabilidad", por Brianti, Felipe Omar, publicado en: LLBA 2008 (mayo), 355).

Tan insólita conducta atribuida a la víctima justifica la exigencia de prueba fehaciente y de allí la imposibilidad de aceptar su configuración, ya que ni de autos ni de los antecedentes adquiridos en sede penal surge de manera clara y cierta la asunción de riegos pretendida.

De los dichos de Á. no se puede inferir perturbación por ingesta de alcohol en el conductor o en alguno de sus acompañantes, ya que resulta difícil obtener alguna presunción respecto a la incidencia de la ingesta de dos cervezas entre seis jóvenes máxime cuando el mismo testigo que no fue impugnado por la recurrente afirma, asimismo, que ninguno se encontraba en estado de ebriedad y por otra parte que se desplazaban con pleno conocimiento de las accidentes naturales del lugar, ya que habitualmente pescaban en tal lugar, hecho que permite atemperar el reproche de

temeridad ante lo incierto (ver fs. 21vta./22vta. de la causa penal e implícitamente ratificada en autos a fs. 99).

Tampoco han servido a los intereses de la demandada los informes médicos inimpugnados de la causa acordelada y obrantes a fs. 52/54, por lo que su insistencia en considerar probado la configuración de la excepcional eximente, más allá de los reproches que se le formulan al sentenciante, no encuentran aval en la escasa prueba adquirida y debidamente confrontada. De lo que sí se obtiene certeza es de que la víctima asumió, en la ocasión, un riesgo previsible que de ningún modo justifica una eximente tal como en situaciones cercanas lo ha decidido nuestro STJCh, en la causa 15.648-V-1996, conforme registro n° 45/96.

El segundo agravio pierde entidad en razón de los fundamentos que desestiman el anterior.

Propuesta al acuerdo la opinión explayada precedentemente y que concuerda con la vocal que abre el acuerdo, trataré conjuntamente el debate en cuanto al quantum que integra el reclamo, ya que ninguna de las partes se ha manifestado satisfecha con el fallo.

Se ha dicho, como pauta genérica y sin descuidar las particularidades del caso, que la muerte de hijos sin actividad económica, y la posibilidad de reclamos de los padres por la pérdida de la oportunidad futura de su ayuda, es un ámbito de amplia aplicación del rubro chance.

Que quizá la resolución paradigmática fue el fallo de la Corte Suprema en autos Luis Fernando Santa Coloma y O. (Fallos 308:1160), en el cual se dijo que la pérdida de hijos, aun en familias de muy buena posición económica, genera un daño resarcible a título

de chance.

Que variados fallos acogen la misma doctrina, aseverando que "el daño resarcible en caso de la muerte de un hijo menor es la pérdida de la chance (arts. 1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y concs., C. Civ.), porque cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica...” y que "el fallecimiento de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia, infiere a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance; esto es la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus padres o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético" (ver v. gr. “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances” por Márquez, José Fernando, publicado en: LLC 2008-595; RCyS 2009-I, 41).

Los tres párrafos (ap. VII, ps. 39/40/41, del informe de la vencida, tan solo evidencian disconformidad con lo dicho y resuelto por el a quo y hasta se equiparan en falta de indagación probatoria a la luz de toda la doctrina y jurisprudencia que señala las pautas mínimas de acogimiento y determinación de tal reclamo, no obstante, los considerandos admiten presumir que el sentenciante no actuó arbitrariamente y tuvo en consideración la naturaleza del mismo, las circunstancias personales de cada interesado, aún la existencia de un hermano sobreviniente de la víctima –circunstancia que incidió en la disminución del reclamo original- y toda otra circunstancia que pudiera surgir de una causa mezquina en pruebas. Tampoco la actora

pudo aportar un enfoque innovador al respecto y en consideración al material adquirido por lo que concuerdo con mi colega en cuanto a su propuesta de desestimación de ambos recursos en cuanto a tal cuestión.

Los argumentos brindados en cuanto a lo que pretende ser una crítica en cuanto a la forma de determinación y quantum del daño moral no superan la jerarquía procesal de mera disidencia, ya que no se ha podido demostrar el error o apartamiento de las pautas tradicionales a tal efecto, si bien lacónico el fallo justifica por su prudencia y analogía con antecedentes próximos la suma estimada y así lo propongo.

En cuanto el presunto daño psicológico ha quedado integrado al anterior y en su justo término, ya que como tantas veces hemos recordado y se sigue resolviendo: "En cuanto al daño psicológico, se trata de un componente del resarcimiento que no tiene autonomía, razón por la cual una lesión o menoscabo psíquico puede afectar "intereses" (daños) espirituales o patrimoniales" (con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra) (CNCiv. "Sala D", "Contreras, Juan C. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 16/7/1998; JA. Repertorio General 1999, Sum. N" 301, pág. 502; 1998-II-496; "Sala D", "Contreras, Juan C. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 16/7/1998; J.A. Repertorio General 1999, Sum. N" 301, pág. 502; 1998-II-496).

Así, la falta de prueba cierta y precisa en cuanto a la necesidad, modo y tiempo de un tratamiento de restablecimiento espiritual como secuela del hecho no permite acompañar la opinión del a quo.

En razón del acuerdo alcanzado y resultando operante, en consecuencia, la adecuación

ordenada en el art. 279 del CPr., la apelación que alcanza los honorarios ha quedado sin sustancia.

Así, no existe razón para variar la condena en costas de la instancia anterior pero sí para imponer por el orden causado las de la alzada. Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de las leyes 2200 y 4335.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión de la Dra. Silvia Alonso, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 271 y 272 del CPCCCh (reforma ley 4550 del 23/12/99), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 175.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía a fs. 176.

3) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 172/174, modificando el monto de condena a la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL ($272.000) con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia.

4) Costas de esta instancia por su orden.

5) Fijar los honorarios de primera instancia al Dr. J. L. B. en la suma de PESOS SESENTA

MIL ($60.000) y a los Dres. M. L. B. y M. D. V., conjuntamente, en la suma de PESOS CINCUENTA MIL ($50.000).

6) Fijar los honorarios de segunda instancia al Dr. J. L. B. en la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000) y al Dr. M. D. V. en la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000).

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA N. ALONSO de ARIET (Presidente)
JULIO ANTONIO ALEXANDRE (Juez de Cámara)

REGISTRADA BAJO EL nro. 03 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"