--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil quince, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Carlos A. Velázquez y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., N. O. y otros c/ D., D. Á. y otra s/ Daños y perjuicios” (Expte. 67 - Año 2015 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, SEGUNDA: ¿son efectivamente reducidos los honorarios regulados en el grado a los Dres. Ballari y Barletta?, y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 902. ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que a fs. 802/814 la Sra. Juez de grado hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora citada en garantía S. C. de S. L. Asimismo hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por N. O. S. y D. P., contra D. Á. D., y en consecuencia, condenó a este último al pago a los actores de la suma de pesos cuatrocientos mil, doscientos mil para el actor S. y doscientos mil para los herederos de la coactora D.P., todo con más la tasa activa del Banco del Chubut desde el hecho dañoso y hasta el efectivo pago. Impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. ---------- Que a fs. 816 apela dicha sentencia la aseguradora citada, recurso concedido a fs. 822 y fundado a fs. 855. Se agravia de la omisión por la sentencia de grado de toda mención a la parte actora respecto de la citación en garantía, solicitando se la condene a abonar las costas de tal citación. ---------- Que a fs. 817 la Dra. M. B. por derecho propio apela por bajos los honorarios que s ele regularon, solicitando su elevación.---------- Que a fs. 818 apela por bajos sus honorarios el Dr. M. Á. B. efectuando el mismo pedido que la profesional citada anteriormente. ---------- Que a fs. 819 apela la demandada recurso concedido a fs. 822 y fundado a fs. 859/863 vta. Se agravia de la sentencia recurrida a la que reputa de arbitraria, por falta de fundamento fáctico y jurídico y por apartarse del derecho vigente en cuanto a las circunstancias comprobadas de la causa. Se queja de que no se haya tenido en cuenta la culpa de la víctima como causa adecuada del daño y dice que la a quo ha extralimitado la aplicación del art. 1102 del Código Civil. Dice que su parte ha sido causa del accidente pero no la única y que la culpa de la víctima contribuyó a la producción del lamentable desenlace pues sin la conducta negligente del transportado la muerte no se hubiera producido. Dice que corresponde la aplicación de la teoría de la aceptación de los riesgos a la víctima.--------

---------- En segundo lugar se agravia de la exclusión de cobertura dispuesta en el grado respecto de la aseguradora citada y dice que la admisión de responsabilidad que se le imputa en la causa penal vulneraría garantías constitucionales y que la cláusula 23 de la póliza es abusiva. Con pie en ello solicita la revocación de la sentencia en cuanto fue materia de agravios. ----------
---------- Que a fs. 825 apela la sentencia el Dr. M.S., por sus propios derechos, recurso concedido a fs. 826 y fundado a fs. 864/868 vta. Se agravia del progreso en primera instancia de la excepción de falta de legitimación pasiva, mediante la cual se desligó de responsabilidad a la aseguradora citada. Cuestiona que se haya tomado en cuenta el acta de choque, dice que las actas policiales deben ser ratificadas en sede judicial para ser válidas, debiendo desestimarse lo expuesto en el acta de choque. Dice que la ebriedad del conductor no ha sido la causa del accidente sino la pérdida de control del vehículo por su parte. Hace una serie de manifestaciones sobre la ebriedad y luego ataca la validez de la cláusula 23 del contrato de seguro a la que tacha de nula. --- Luego cuestiona la cuantificación del daño moral, solicitando su elevación. También cuestiona la cuantificación de la pérdida de chance diciendo que seguramente el occiso a lo largo de su vida hubiera ganado varios millones de pesos en beneficio de sus familiares y allegados. Con pie en ello solicita la revocación de la sentencia en lo atinente al rechazo de la pérdida de chance. ----------
---------- A fs. 823 apela el coactor N. O. S., recurso concedido a fs. 824 y fundado a fs. 870/878 vta. Se agravia del rechazo de la citación de la aseguradora, y de la procedencia de la eximente de ebriedad como exclusión de cobertura. Cuestiona que no se haya considerado a la ebriedad como concausa del daño y afirma que no existe culpa grave. Luego analiza los arts. 70 y 140 de la Ley de Seguros, abunda en consideraciones sobre los niveles de alcohol en sangre, luego considera que hay que declara de oficio la nulidad de la cláusula que excluye la cobertura de seguro del automotor. Indica que la ebriedad no tuvo incidencia causal sino que se debió a la rotura de la dirección del automóvil, afirma la existencia de prejudicialidad de la sentencia recaída en sede penal y luego cuestiona el quantum del resarcimiento entendiendo erróneo que se haya tomado en cuenta la falta de cinturón de seguridad y la eventual ebriedad del occiso como factores para disminuir el resarcimiento por daño moral. -------
---

--- En cuanto a la perdida de chance considera endeble el argumento utilizado para rechazarla y solicita que se eleve el monto otorgado por daño moral y se conceda la pérdida de chance requerida. ----------
-- Corrido traslado de los diversos memoriales de sostenimiento de los recursos a sus contrarias a fs. 883 el coactor N. S. contesta el memorial de la aseguradora solicitando su rechazo, a fs. 885/887 vta. la aseguradora contesta el traslado de los agravios de la parte actora, solicitando el rechazo de los mismos.---------- --- A fs.

889/893 la aseguradora contesta el traslado del otro coactor solicitando también su rechazo y precisando que su parte sostiene la apelación implícita dado que como no ha podido apelar, por lo que sus defensas u argumentos oportunamente planteados también deberán ser considerados al resolver.----------

--- A fs. 896/vta. el coactor N.S. contesta el traslado de los agravios del demandado solicitando su rechazo. ---------- A fs. 898/899 vta. la aseguradora contesta el traslado de los agravios de la demandada solicitando su rechazo con costas. ---------- A fs. 901 se dicta la providencia de autos para dictar sentencia. ----------

Previamente a analizar los diversos recursos, dictándose esta sentencia luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por Ley 26994, y modificado parcialmente en cuanto a su sistema de derecho transitorio por Ley 27.077 modificatoria del artículo 7º de la Ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 19/12/2014 cabe aclarar liminarmente que el texto del mismo no es aplicable a este caso; en primer lugar, por la recta interpretación de su art. 7, ya citado, que lleva a pensar que la traba de la Litis por las partes con la ley vigente al momento del hecho y el dictado de una sentencia a su amparo, cobijan a esta causa de la aplicación de la ley nueva (cfr. los lúcidos argumentos vertidos por el maestro Julio César RIVERA, en dos finísimos artículos doctrinarios de su autoría, que por mérito propio, orientarán en buena medida el primer tiempo de aplicación del nuevo derecho (Vid, a mayor abundamiento, RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, en La Ley, ejemplar del 4/5/2015, pp. 1 y ss. e ídem, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”, en LA LEY 17/06/2015, pp. 1 y ss.). ----------

--- Que el citado art. 7 CCC no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, aún a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes; o sea, que la nueva ley rige para los hechos que están in fieri o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico (en similar sentido, SCBA Ac. 27.221 del 7/8/79; Ac. L. 45.548 del 18/12/90, Ac. 51.810 del 5/4/94, Ac. 51.335 del 3/5/95, Ac. 63.638 del 27/4/99, Ac. 67.772 del 23/2/00, e. o.).----------

--- Es decir, que la nueva ley toma a la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron.----------

--- No cabe soslayar que, como dijo en un sensato voto el Dr. Toribio Sosa, “recientemente entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), aunque, como ha quedado a la vista durante este voto, creo que no corresponde aplicarlo al caso porque: a- el hecho ilícito sucedió durante la vigencia del Código Civil (en lo que sigue, CC), es evidente que las relaciones jurídicas obligacionales nacidas de él presentan vínculos más estrechos con ese cuerpo normativo, cuya aplicación fue la única previsible para las partes en primera instancia al punto que plantearon todas sus cuestiones y argumentos sobre la base del CC (cfr… art. 34.4 cód. proc.) (Cámara de Apelaciones de Trenque Lauquen, 7/8/2015, in re “PORTELA MARCELO Y OTRO C/ USTARROZ ABEL MARIA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)(SIN RESP.EST.)" (expte. nro. -89407-).----------

--- Se agregó allí además que: “la presentación de la pretensión principal hizo nacer la relación jurídica procesal entre el juez y el demandante (porque desde allí nacieron deberes y facultades para el juez y facultades, deberes, obligaciones y cargas procesales para el demandante); al notificarse el traslado de esa pretensión, se incorporaron los demandados a la relación jurídica procesal (también con facultades, cargas, deberes y obligaciones procesales); a esa pretensión principal se sumaron luego las pretensiones recursivas que abrieron sendas relaciones jurídicas procesales propias de esta segunda instancia (carga de fundar cada apelación, deber de proveer a su respecto, facultad de contestar sus fundamentos, etc.); si cada pretensión marca los confines de cada relación jurídica procesal y si la causa y el objeto de las pretensiones deducidas en el caso -tanto de la principal, como de las recursivas- fueron íntegramente postulados sobre la base de la aplicación del CC, al dictarse sentencia -ahora en cámara- “estando en curso de ejecución” relaciones jurídicas procesales así entabladas, no podría aplicarse sorpresivamente el CCyC, no a menos que se tratara de derechos exclusivamente amparados por normas imperativas que pudieran alterar el resultado de la contienda, lo que no ha sido puesto de manifiesto ... ni se advierte de oficio en el caso (arg. *a simili* art. 7 párrafo 3° CCyC, según arts. 2 y 1709.a CCyC). (Cámara de Apelaciones de Trenque Lauquen, 7/8/2015, in re “PORTELA MARCELO Y OTRO C/ USTARROZ ABEL MARIA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. POR USO AUTOMOT. (C/ LES.O MUERTE) (SIN RESP. EST.)" (expte. nro. -89407-).----------

---En segundo lugar, la nueva Ley no se aplicará a las causas que lleguen a esta Alzada en grado de apelación, que tramitaron bajo las normas de los Códigos Civil y de Comercio y en las que se dictó sentencia a la luz de esos Cuerpos, debiendo tenerse en cuenta a tal fin lo recientemente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Considerandos 4 y 5 de su sentencia dictada el 7/7/2015 in re recurso de hecho en “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato” (CSJ 367/2014 (50-B) ICS1). ----------

--- En el Considerando 4 de dicho decisorio el Más Alto Tribunal de la Nación, declaró

que “esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355, entre muchos otros)”.----------

-- Y en el Considerando 5) del mismo fallo indicó todavía más enfáticamente “Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315:106 y 329:5903)”.--- Es así que el Más Alto Tribunal de la Nación, en el considerando 5, del caso “Becerra”, reafirmó el carácter constitucional del principio de congruencia, lo que implica que la traba de la Litis en esta causa produjo una situación de “consumo jurídico”, que impide aplicar en este estadio el nuevo ordenamiento, debiendo revisarse la sentencia dictada a la luz del Código Civil de Vélez Sársfield, monumento legislativo que ha prestado un servicio indiscutible por más de ciento cuarenta años a nuestra Patria y, que, por un tiempo más en las causas en trámite, que fueran alcanzadas por él, todavía lo seguirá prestando. --

---

--- Que no siendo admisible la interpretación y aplicación parcial o no criteriosa del mencionado art. 7 CCC, no cabe llegar al inconveniente de que sentencias dictadas en la instancia de grado con los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo antes del 1º de agosto del año en curso como la presente, sean revisadas en la Alzada luego de ese hito temporal al conjuro del nuevo ordenamiento, lo que claramente constituiría lógicamente un despropósito y constitucionalmente un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal (cfr. CSJN, 7/7/2015 recurso de hecho en “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato” (CSJ 367/2014 (50-B) ICS1), considerando 5). ----------

-- Dado que en autos se trata de una cuestión donde no está comprometido el orden público, donde rige el principio de congruencia, donde la traba de la Litis se materializó bajo el régimen legal anterior y lo fue bajo su amparo también el dictado de la sentencia de grado, ha existido en esta causa una consolidación jurídica o un “consumo jurídico”, que lleva aparejada la consecuencia de que en esta instancia judicial habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo ella se dictó, lo que se esclarece antes de abordar los diversos recursos promovidos.----------

--- No obsta a lo expuesto, el reciente fallo de la CSJN, de fecha 6/8/15, in re "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. l. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo"; ello por varios motivos. ----------

--- En primer lugar, dado que allí se trataba de una cuestión de orden público, relativa al nombre de una persona, materia en la cual no rige el principio de congruencia y por tanto no es aplicable el criterio de la misma Corte en el caso “Becerra c/ Calvi” ya citado; por otra parte, si bien se mira el último fallo la Corte allí, en el Considerando 6 resuelve: Que en tales condiciones, deviene inoficioso en el sub lite que esta Corte se pronuncie sobre los agravios vinculados con la constitucionalidad de la mencionada ley 18.248, cuya vigencia ha fenecido por imperativo legal, pues no se advierte interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (conf. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717).----------

----Es decir que lejos está el Más Alto Tribunal de la Nación de prohijar un instantaneísmo tan ilegal –por contraponerse al art. 7 CCC- como inconveniente; por el contrario, los dos fallos de la Corte Suprema ya citados deben armonizarse, dando a cada uno su ámbito de aplicación, ya que ambos enfocan dos materias distintas y, por ende, son aplicables a supuestos diferentes, “Becerra c/ Calvi” cuando rige el principio de congruencia y el criterio de “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. l. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", cuando la cuestión involucra temáticas de orden público, donde no rige el principio de congruencia, caso que no se configura en el sub lite. ----------

----Por otra parte bien se ha puntualizado que “el *Derecho* puede significar la facultad que una persona tiene de exigir de las otras el respeto y la inviolabilidad de sí propio y de todo aquello que le pertenece. Entendido así, el derecho es personal y denota la *facultas agendi*, que algunos denominan Derecho en sentido subjetivo. La *relación jurídica* dimana de la concurrencia y complicación de derechos particulares. Cada uno de los derechos que forman la relación jurídica debe considerarse como un elemento de esta, de tal modo, que no se puede separar, ni apreciar aparte, sino en correlación con los diversos elementos que constituyen la relación jurídica, la que, dado este punto de vista, hay que estimar como un organismo” (FIORE, Pasquale, “De la irretroactividad e interpretación de las leyes –Estudio crítico y de legislación comparada”, Editorial Reus, 4º ed., 1º impresión, Madrid, 2009, pág. 13).----------

--- Ingresando al tratamiento de los diferentes recursos planteados contra el decisorio de grado, razones metodológicas aconsejan tratar en primer lugar el recurso de la demandada, obrante a fs. 859/863vta. pues su andamiento podría dejar en falsete

algunos de los agravios de sus contrapartes. ----------

--- Analizando el mismo, anticipo que carece de razón sustancial el apelante, amén de que varias de sus alegaciones son inaudibles en esta sede, por infringir la prohibición que establece el art. 280 CPCC, ya que el apelante pretende introducir en alzada capítulos no propuestos a resolución del juez de grado. ----------

--- Comenzaré por los agravios improcedentes y luego pasaré a los inadmisibles. El apelante cuestiona que no se haya declarado la culpa de la víctima en autos, entendiendo que no son relevantes las sentencias dictadas en la causa penal y en la causa tramitada en Puerto Madryn, que se encuentran apioladas a autos. Sea ello cierto o no, es irrelevante en autos, como que la falta de cinturón de seguridad del acompañante no tuvo una incidencia causal adecuada en la causación de su fallecimiento, contrariamente a lo que aduce el apelante. ----------

-- Las afirmaciones del recurrente sobre la causalidad aportada por la falta de cinturón de seguridad, contravienen la doctrina legal vigente, amén de basarse en una conjetura u opinión personal del apelante sobre la inteligencia correcta del sistema de prejudicialidad establecido por el art. 1102 CC. ----------

-- Soy de la opinión de que el fallo penal que incide en sede civil importa la limitación de la revisión de la culpa del demandado pero no impide valorar el aporte causal de la víctima (C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 28/8/2001, “Castillos de Villamarín”, AP Online 1/5513812). Pero para ello deben aportarse argumentos causales y no meras conjeturas u opiniones. ----------

--- En sentencia de esta Sala del 16/10/2013, “GUILLEN, Sergio Gabriel y Otro c/ CAMY, Raúl Oscar y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 202 - Año 2013 CAT), a través de mi voto, se dejó sentada la doctrina legal de que la colocación o no de un cinturón de seguridad, como causa adecuada -total o parcial- de un daño debe ser analizada caso por caso, no siendo válidas en este, como en ningún otro examen causal, las generalizaciones y las muletillas. En el caso concreto que nos ocupa la falta de uso del cinturón de seguridad careció de toda incidencia, para evitar o amenguar el daño, lo que se prueba de un modo doloroso: las fotografías de fs. 285/289, acreditan que el impacto del choque fue de tal magnitud que el habitáculo del vehículo de los actores quedó destrozado; no pudiendo sus ocupantes salir ileso de ese cúmulo de hierros retorcidos, hubiera tenido o no el cinturón de seguridad puesto, lo que resulta claro del hecho lamentable de que él único miembro de la familia que utilizaba el cinturón de seguridad resultó igualmente fallecido en el hecho. Estos desarrollos llevaron no solo a descartan de plano esta defensa sino a considerar al argumento de la falta de uso del cinturón de seguridad como causal exculpatoria del demandado como directamente de mal gusto. -

--- Es más, en el voto del Dr. Velázquez en dicha causa se agregó que “a propósito de la falta de utilización de los cinturones de seguridad por parte de la mayoría de las víctimas diré que no parece que en esta concreta especie ello ha importado un aporte

causal determinante o coadyuvante en la producción del resultado dañoso. No cabe pasar por alto aquí la extraordinaria potencia del impacto, revelada por las fotografías incorporadas a fs. 285/289, demostrativas de que el habitáculo del Mercedes Benz S. quedó literalmente destrozado; en ese cúmulo de piezas rotas y retorcidas, no es probable que persona alguna, usara o no cinturón de seguridad, quedara ilesa". ------ --- Idénticos argumentos cabe emplear aquí. Si se aprecian las fotografías de fs. 40 y ss. de la causa penal, las piezas dentales esparcidas por el automóvil, la situación en que quedó el mismo, con su tren delantero desprendido del chasis, que el golpe más violento lo recibió el acompañante, dado que sobre su lado fue el choque contra un objeto duro, que no cedió un ápice al golpear, que los airbags no funcionaron, al parecer por faltas de mantenimiento, todo ello lleva a realizar un examen causal simple: el cinturón de seguridad nada relevante aportó causalmente en este caso al daño, como que con él colocado, igualmente el fallecimiento se hubiera producido, ya que el golpe fue de una violencia pocas veces vista, dado que se chocó contra un caño duro, fijo, afirmado en una base sólida de hormigón. ---------- --- Y no puede dejar de tenerse en cuenta que en la causa penal llevada adelante contra el aquí demandado a consecuencia de la muerte del Sr. S., se tuvo por debidamente acreditado que el cinturón de seguridad no hubiera influido en la evitación del daño (cfr. 186 de la sentencia dictada en sede penal y pericia accidentológica de fs. 67/70. ----------

--- La apreciación causal a realizar en autos, lleva a afirmar que, como esta Sala sostuviera en su fallo de la causa, "CENTENO, Ana Maria c/ SCHMIDT, Jorge Daniel y Otras s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 48 - Año 2013 CAT) y "CENTENO, Ana María c/ MUNICIPALIDAD de TRELEW s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 47 - Año 2013 CAT), sentencia del 12/8/2013, el juicio de probabilidad o de adecuación causal "es neutro, en el sentido de que resulta ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generada y específicamente a la mayor o menor reprochabilidad subjetiva que de ella pueda emerger" (RINESSI, Antonio Juan, "La causalidad en el derecho positivo argentino, Comparaciones con otros ordenamientos", en "Revista de Derecho de daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003, T. 2003-2, p. 124) (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 26/3/2009, "CAMPTON de WILLOCK, Dora Elsa c/ Centro de Ojos y Microcirugía Trelew o CENTRO DE OJOS TRELEW S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 - año: 2008), en eldial.com y La Ley online). ---------- -- En similar sentido se dijo en otro fallo de esta Sala que ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto" (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La relación de causalidad y la antijuridicidad en la

responsabilidad extracontractual, LA LEY 1996-D, 23; esta Sala, 13/5/2013, “NAHUELCOY NAHUELCOY, ARIEL ALEJANDRO c/ JOSE, MIGUEL ROBERTO s/ Daños y perjuicios” (Expte. Nº 35 - Año 2013), en eldial.com). Ello así, también esta doctrina es soslayada por el fallo de grado. ---------- ----------

--- El apelante pretende establecer un juicio de reproche de base subjetiva contra el acompañante, por no llevar puesto cinturón; es un desatino. Está claro que no llevar puesto el cinturón implica una grave negligencia, pero no estamos juzgando aquí la negligencia sino el aporte causal de la víctima. Y el juicio de causalidad es objetivo, material, físico, lo que bajado al plano de los hechos del caso, no puede llevar a responsabilizar al acompañante occiso por un daño que se hubiera producido de todos modos, conforme ha quedado sobradamente acreditado en la causa penal agregada a autos, en la sentencia dictada en Puerto Madryn en el caso “Gentile c/ Denadei”, también apiolada a esta causa y en la pericia obrante en sede penal, amén de las fotografías de una crudeza inusual, obrantes en la causa penal, a fs. 40 y ss. ---------- Todo ello basta para hacer a un lado el agravio relativo a la responsabilidad del acompañante por falta de colocación del cinturón de seguridad, lo que propongo al acuerdo se disponga. ----------

-- Seguidamente cabe decir que el argumento de la aceptación del riesgo por parte del pasajero, amén de no haber sido planteado en el grado (cfr. Fs. 39 a 45), por lo que resulta alcanzado por la veda del art. 280 CPCC, lo que ya es razón para su marginación, resulta inadmisible. Es que el hecho de aceptar ser transportado benévolamente no puede signficar un bill de indemnidad para el transportador de complacencia. ----------

--- No cabe, a nuestro juicio, para atenuar la responsabilidad del transportador de cortesía, echar mano a la “aceptación del riesgo”, por parte de quien aprovecha del transporte. No al menos, la aceptación del riesgo que implica aceptar ser llevado gratuitamente, que no implica viajar a riesgo y ventura (cfr. TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., Edit. La Ley, Buenos Aires, 2011, T. IV, p. 585). ----------

-- Bien se ha dicho que “más allá, que la situación del transportista benévolo despierta simpatía por la generosidad de trasladar a alguien gratuitamente, ello no es motivo para colocarlo en un grado de preferencia, a punto tal de eximirlo de responsabilidad frente a los reclamos basados en daños a la integridad de la vida humana, y menos aún que algunas argumentaciones se basen en la aceptación de los riesgos por parte de los terceros transportados, pues ello importaría transar sobre el derecho a la integridad personal o derecho a la vida” (LÓPEZ BRAVO, Marisa Gabriela, “Transporte benévolo: ¿Castigo o reparación al tercero transportado?, DJ 2007-III , 809).----------

-- En esta línea se ha puntualizado que en el caso de transporte benévolo, la asunción de riesgos no puede afirmarse a priori y de manera dogmática, sino que resultará —

según las circunstancias de hecho— de una imprudencia o negligencia constatables e imputables al sujeto transportado, a tenor de los arts. 512 y 1111 Cód. Civil, y tendrá influencia en la determinación de la indemnización siempre que haya incidido concretamente en la producción del daño, conforme a un adecuado nexo de causalidad (C. Nac. Civ., sala M, 23/04/2013, "Ingrassia, Marcelo y otro c. Pucheta, Cristian Ariel y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2013-X, 132). ----------

--- Por otra parte y aun cuando no es aplicable a este caso el nuevo ordenamiento, conforme se esclareció supra, utilizando el mismo a modo de tester del pensamiento actualizado del legislador en la materia surge que el art. 1719 primer párrafo del nuevo Código Civil y Comercial, edicta: "*Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".* ---

--- Esta última norma es clarísima: en ciertas ocasiones, las circunstancias del caso hacen que la asunción de riesgos deba ser calificada como un hecho del damnificado, de tal gravedad y de tal significación, que ella interrumpa total -o generalmente en forma parcial- el nexo causal. Desde ya que por el mero hecho de aceptar ser transportado benévolamente no se produce una aceptación genérica y a priori de riesgos desconocidos e incongnoscibles. Lo contrario implicaría ir, más allá todavía, que de los efectos del caso fortuito.----------

--- La cuestión es más compleja: pese a que subir a un auto y aceptar ser trasladado benévolamente no constituye *per se* y ex ante una aceptación general de riesgos, en el caso concreto que se juzgue, dadas las particularidades de ese caso, ¿existió una asunción por el pasajero de complacencia de riesgos específicos y cognoscibles?.-------

-- Sostengo que ello no ocurrió aquí, por cuanto produciéndose los mayores daños por el violento golpe contra un caño fijo y en el que no operaron los airbags, cómo podía saber el acompañante que un elemento de seguridad tal, en una camioneta en apariencia en excelente estado, no funcionarían. Siendo ello así y no habiendo efectuado un aporte causal adecuado a la causación del daño la "aceptación" del pasajero de ser transportado y no pudiendo el mismo saber de antemano que los airbags no funcionarían, no cabe aceptar que en autos ha existido una exposición deliberada, reflexiva y relevante, al menos no al riesgo cuya materialización constituyó el aporte causal relevante a el daño debatido en autos (cfr. art. 906 CC y 1726 CCC), lo que impide acoger la pretensión del apelante.---------- --- En lo concerniente al cuestionamiento de que se considere que el conductor del rodado manejaba ebrio, es dable anticipar que todos los argumentos utilizados en abono de esta postura resultan descartables, por diversas razones. Primero porque el demandado apelante pretende desviar la atención de hechos probados, incluso por decisiones suyas a través de hechos concluyentes, con excusas que no resultan

admisibles.----------

--- El argumento de que no puede tomarse en cuenta la admisión de responsabilidad del aquí demandado en sede penal, porque nadie está obligado a declarar contra sí mismo, comporta una petición de principio inadmisible, que no soporta un examen lógico. El hecho de que nadie esté constitucionalmente obligado a declarar contra sí mismo, no significa que si voluntariamente declina ese derecho, como el accionado lo hizo en sede penal, ello no pueda tomarse en cuenta en su contra. Con un criterio tan peregrino, no regiría ni el principio general de la buena fe ni la doctrina de los actos propios, porque siempre podría frente a declaraciones anteriores esgrimirse este argumento. ----------

-- En cuanto al argumento de la nulidad de la cláusula del seguro que tiene por presumida la ebriedad, ante la negativa a someterse a un examen sanguíneo por parte del imputado, no veo allí violación alguna de derechos constitucionales en este caso. Está documentado en la causa penal, en el acta de fs. 1/3 que requerido el conductor para el dosaje de alcohol en sangre el mismo se negó. Ante ello el oficial hizo una inspección corporal externa del conductor y llegó a la conclusión de que estaba ebrio, dada la indudable presencia de alcohol en su organismo. Las alegaciones posteriores sobre cuánto era ese alcohol, si daba o no pábulo a ser considerado en estado de ebriedad el conductor, en algunos momentos, rozan la demasía. Por caso es inadmisible que del dosaje alcohólico hecho al cadáver del acompañante pretenda extraerse que el conductor tenía similar cantidad de ese elemento en sangre que él. Primero que los cuerpos no asimilan por igual la misma cantidad de alcohol y segundo que no se sabe si ambas personas tomaron lo mismo y en igual cantidad.---------- Además de ello, la presunción de ebriedad funcionó dada la negativa a someterse a la prueba sanguínea que hubiera descartado o confirmado esa presunción. Es decir que fue una conducta discrecional del accionado la que disparó la presunción, no pudiendo quejarse luego de la incidencia de ella, como que estaba a su alcance dejarla fuera de aplicación y no lo hizo. ----------

--- Con el mismo criterio que esgrime el accionado no se podría oponer a un padre demandado por filiación la presunción que ha edificado la ley a partir de la conducta de negarse a someterse a la prueba. Cuando es la conducta discrecional del luego impugnante la que frustra la prueba que podía fácilmente apartar la aplicación de la presunción, no cabe aceptar argumentos como los que éste utiliza en autos.----------

-- Como se resolviera en un fallo de esta Sala, presunción y prueba de los hechos tienen entre sí una relación necesaria y excluyente. La última desplaza a la primera. Sólo cuando no existe prueba directa entran a jugar las presunciones, dado que se trata de evidencias indirectas –en alguna medida conjeturales- que no pueden entronizarse en el lugar de la verdad probada, más que a falta absoluta de ésta (Càm. Apels. Trelew,

Sala A, 19/08/2009, “LICAN Marcela Del Carmen c/ Remis CENTRO SRL y/o quien resulte Responsable laboral s/ Diferencia de haberes e indemnización de ley” (Expediente: 417/2009), según mi voto, en sist. Eureka).---------- --- Ahora, cuando no se dispone de la prueba por una conducta discrecional y voluntaria del accionado, la cuestión cambia y no puede simple y alegremente tildarse de abusiva a una cláusula que es la única defensa de la aseguradora contra la negativa a someterse a exámenes de sangre de un conductor que ella asegura y que, con esta conducta, puede querer ponerse a cubierto de consecuencias negativas para él, como las que se derivan de la conducción en estado de ebriedad. Evidentemente quien dispone estas negativas se hace cargo de las consecuencias de ellas, a mérito de la doctrina de los actos propios, solo que tanto a través de declaraciones como de hechos concluyentes (facta concludentia). ---------- Comparto de tal modo el criterio de diversos tribunales sobre que en una acción de daños, procede la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora citada en garantía en virtud de la negativa del asegurado a realizarse el test de alcoholemia al momento del siniestro, pues ello fue previsto en una de las cláusulas de la póliza contratada, la cual no resultó confusa, fue notificada correctamente por el asegurador y no se contrapone con la Ley de Defensa del Consumidor (Sup. Corte de Mendoza, sala I, 01/07/2013, “Flores, Natalia c. J. P. C. G. y A. M. de los Á. C. s/ daños y perjuicios (acc. de trans.) s/ inc. cas.”, LLGran Cuyo 2013 (octubre), 971 y RCyS 2014-III, 197; C. Nac. Civ., sala E, 07/07/2010, “Acosta, Marcos Antonio c. Gabri, Mariano Rolando y otros”, RCyS 2010-XI, 150).---------- -- Coincido también con que no reviste el carácter de abusiva aquélla cláusula, inserta en una póliza de seguro de responsabilidad civil, que dispone la exclusión de la cobertura cuando el conductor del vehículo asegurado se encuentra en estado de ebriedad o se niegue a practicarse el dosaje de alcohol desde que, dicha disposición resulta razonable a efectos de que el seguro no se transforme en un generador de irresponsabilidad (Cám. Fed. Mendoza, 25/04/2007, “Maza, Elio Germán c. Costa, Juan José y otro”, LLGran Cuyo 2008 (diciembre), 1041). De otro modo, la impunidad de los conductores ebrios se favorecería, en vez de desalentarse, a través de punir tales conductas severamente, que es lo que corresponde hacer. ---------- --- Ello basta para apartar al segundo agravio del demandado, proponiendo al acuerdo su rechazo.---------- ----------

--- Entrando a analizar el recurso del Dr. M. S., abogado en causa propia, el mismo también cuestiona la cláusula de exclusión de cobertura por ebriedad, solo que en este caso el ataque es inaudible, dado que el tópico no fue propuesto temporáneamente a la decisión del juez de grado, como que el letrado lo introdujo recién en el alegato (cfr. Fs. 775/776) y que la parte que luego sucedió el mencionado letrado, presentándose como abogado en causa propia como sucesor de una de las actoras, no planteó los diversos

argumentos y capítulos que ahora pretende introducir en la faz postulatoria del proceso (cfr. Fs. 139/141 de autos).---------- Todos los argumentos relativos a la exclusión de cobertura esgrimidos a fs. 864/866vta, no fueron introducidos en la etapa procesal oportuna (vid. Fs. 139/141) y pretendieron serlo luego en los alegatos, estadio donde no se pueden ya incorporar tópicos al debate, por lo que es de aplicación al primer agravio del Dr. S. lo dispuesto en el art. 280 CPCC. ---------- Sea o no cierto lo alegado por el apelante a fs. 864/866vta, es indudable que ello resulta inaudible en esta instancia, dado que tal tópico no fue planteado en los escritos constitutivos de la litis, en la faz postulatoria del proceso, por lo que dicho artículo no ha sido introducido a la litis en tiempo propio, motivo por el cual no puede ser tomado en cuenta en esta etapa, a mérito de lo dispuesto por el art. 280 CPCyC. ---------- Esta norma edicta: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia
de primera instancia". ---------- --- La apelante parece haber obviado dicha norma, dado que pone a consideración de este Tribunal de alzada extremos de hecho que no fueron planteados a la consideración de la Sra. Juez de grado, como surge de la rápida lectura de los escritos constitutivos
del proceso. ---------- --- Esta Sala, con fecha 26/3/09, in re "Campton de Willock, D. E. c/ Centro de Ojos y M. TRELEW y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 año: 2008) e in re "SAGASTA, Guillermo c/ Instituto de Ortopedia y Traumatología S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23- 2009 (C.A.N.E) y a través de sendos votos de mi autoría, dejó sentado que por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 CPCyC –hoy art. 280 CPCC, según Digesto- resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de este tribunal hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del
proceso.---------- --- Se agregó en ellos y en fallos anteriores de la Sala que no es lícito a este cuerpo ocuparse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, por impedírselo la expresa norma del art. 277 CPCyC. En nuestro sistema procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello principios liminares que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos; del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporen de nuevas pretensiones y oposiciones. También en este grado rige el principio de

congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (arts. 271 últ. párr., 277 CPCyC). ---------- De tal modo, ni el alegato ni la expresión de agravios son piezas procesales que otorguen a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la faz postulatoria del proceso.------- --- Ello así, en caso de entrar a tratar el primer agravio de este apelante, esta alzada estaría violando abiertamente el art. 280 CPCyC y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible. ---------- --- El juez debe, a mérito del principio de economía procesal, indagar acerca de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de pronunciarse sobre el mérito de la causa. El antedicho análisis involucra el análisis previo de su propia competencia y jurisdicción. En función de lo expuesto supra, este tribunal no puede conocer en la cuestión planteada en los agravios dirimentes, al no haber sido los argumentos y defensas traídos a la alzada, objeto de oportuno planteo al juez de grado (cfr. sentencia de esta Sala, de fecha 26/3/09, in re "Campton de Willock, D. E. c/ Centro de Ojos y M. TRELEW y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 año: 2008) e in re "SAGASTA, Guillermo c/ Instituto de Ortopedia y Traumatología S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23- 2009 (C.A.N.E), ambas a través de mi voto. ---------- --- Ello veda el entendimiento de este agravio por la alzada a tenor de lo dispuesto en el art. 277 párr. 1º CPCyC Nación –280 CPCC Chubut-; y la jurisprudencia invariable: C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 16/3/00, "PALACIOS, RAÚL CARLOS v. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS s/ INCIDENTE DE TASA DE
JUSTICIA. CAUSA N. 7454/99", en AbeledoPerrot online).---------- --- En tal situación, efectuar la valoración de argumentos no esgrimidos en la faz constitutiva del proceso –como el que la recurrente pretende hacer ingresar postreramente a la litis en su primer agravio-, llevaría a exceder los límites que determina concretamente el art. 280 CPCyC, dado que no es admisible que en la alzada se decida dejando de lado el contenido de la relación procesal como ha sido trabada en los escritos constitutivos del proceso (C. Nac. Com., sala C, 11/9/91, "BARUJEL, LEONARDO v. GALERÍAS BROADWAY SRL S/ ORD.", en AbeledoPerrot
online).---------- - --- Ello lleva a declarar inaudible el agravio sustancial de la apelante.---------- -- --- En lo concerniente al segundo agravio, su primer parte cuestiona la cuantificación del daño moral, por parte de la jueza de grado, atacando el apelante que la misma haya considerado que su hermano hubiera actuado con culpa, imprudentemente, al no llevar puesto el cinturón de seguridad y, con pie en eso, haberle reducido la indemnización de

este rubro. ----------

--- Anticipo que este ataque del apelante posee razón en cuanto a lo erróneo del argumento buscado por la a quo para moderar la indemnización: constituye una contradicción que se considere que el occiso no fue parcialmente culpable en cuanto a la asignación de responsabilidad y luego que se lo considere negligente en el evento dañoso, para moderar la indemnización del rubro daño moral. Es así que es cierto que ese argumento de la a quo es erróneo e inaplicable. ----------

---Pero ello no significa que el agravio pueda prosperar, solo por ello. Es que la cuantificación del daño, prescindiendo de esta frase desafortunada de la a quo, no es cuestionable en sí, sino que aparece ante un examen detenido como prudente, razonable, atinado.----------

-- El recurrente cuestiona que es bajo el resarcimiento concedido a su parte en la suma de pesos doscientos mil para cada uno de los progenitores. Las razones que da el apelante para fundar ese aserto no salen del ámbito de la opinión, no brindando fundamentos atendibles, ni comparativos, para solidificar su postura. ----------

--- El caso es que si se considera que ya se ha concedido reparación por daño moral al hijo del occiso en el expediente civil tramitado en Puerto Madryn, ya reiteradamente identificado, en la suma de pesos cuatrocientos mil, si a ello se suman los doscientos mil pesos otorgados a cada uno de los progenitores, se extrae que la suma de ochocientos mil pesos, asignados en total al rubro daño moral, con intereses desde el hecho dañoso, arrojan una suma importante, que para nada es una bicoca, y que en el caso de los padres del menor, se les ha otorgado la misma suma que a su hijo, no siendo comparable el daño que experimentará éste que deberá crecer sin el abrigo y el cuidado de un padre toda su vida, mientras que los progenitores de éste, personas de avanzada edad no pueden mostrar un agravio tan dilatado en el tiempo, aunque no se puede negar que un padre sufre dolorosamente la pérdida de un hijo, porque ello implica un cambio en el destino normal o corriente de las personas, que marca que los padres estadísticamente mueren antes que sus vástagos, en su mayoría. Con todo, ese dolor no puede ser tampoco fuente de excesivos beneficios, con lo que creo que el otorgamiento a ambos padres de la misma reparación que al niño marca que no ha sido reducida en este caso la reparación, máxime cuando la reclamante que sucede el apelante ha fallecido ya, lo que potencia lo que venimos diciendo, no apreciándose en consecuencia en esta causa, la sinrazón cuantificatoria que pretende enarbolar el
apelante. ----------

--- Creo que ello basta para el rechazo del rubro.----------

--- Finalmente se impugna el rechazo de la indemnización por pérdida de chance, afirmando que dada su contracción al trabajo durante su vida el occiso hubiera podido

juntar varios millones de pesos, para beneficio de sus familiares y allegados.----------
--- El caso es que el occiso era un hombre joven, que tuvo un hijo al que se le concedió una importante indemnización en el expediente caratulado “Gentile c/ Denadei (completar). Y que la parte a la que ha sucedido el Dr. S. era su madre, que ha fallecido. No deben hacerse muchos desarrollos para comprender cabalmente que los fundamentos dados en sustento de la pretensión de revocar el rechazo de la indemnización del rubro son desatinados. Primeramente, dado que el occiso tiene un hijo, sus principales esfuerzos y beneficios debían destinarse a él, con lo que el hecho de que pudiera ayudar a sus padres, no era más que una posibilidad que carece de la nota de alta probabilidad, que es lo que caracteriza a la pérdida de chance resarcible. Por otra parte, que pudiera juntar varios millones de pesos a lo largo de su vida es una circunstancia que, en todo caso, no aprovecharía a su madre, la que desafortunadamente murió al poco tiempo que su hijo, con lo que tampoco se da aquí el vínculo cierto, en una determinada medida, que exige una pérdida de chance resarcible.
----Es doctrina legal vigente, sentada por esta Sala, que la pérdida de chance es un daño cierto; cierto, en grado de probabilidad calificada, pues si no llega a tal probabilidad no se trata de un daño resarcible.----------
--- Uno de los requisitos del daño resarcible es su certidumbre. Sólo los daños ciertos son indemnizables. Por el contrario, un daño incierto es, necesariamente, no reparable. Claro que existen gradaciones de certidumbre. Y así, el daño emergente es el más cierto de todos porque se ha experimentado efectivamente y ese es, precisamente, su límite resarcitorio: el daño efectivamente padecido y en relación causal adecuada con la actuación del dañador. En el otro extremo de la escala de certidumbre se ubica el daño que trataremos aquí: la pérdida de chance, supuesto en que la certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable (cfr. esta Sala, 29/7/2009, “Passerini, Ricardo Enrique y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Daños y Perjuicios - sumario" (Expte. 28 - Año 2009 CANE). ----------
--- Claro que lo cierto es la existencia de la probabilidad, oportunidad o chance misma, no así su realización, que al haber sido interferida en su efectivización, nunca podría ser cierta en ese plano. De tal modo, el daño emergente es el más cierto de todos los daños patrimoniales; ello, por cuanto se parte de la base de un desembolso efectivo o de un menoscabo tangible, sobre el que se calcula, en el primer caso, un valor de reintegro del gasto efectuado y, en el segundo, un valor de reconstitución del patrimonio menoscabado. Un grado menos de certidumbre y nos encontramos con el lucro cesante, que se basa en la disminución de ingresos, extremo que debe fundarse en un juicio de verosimilitud. Finalmente, en cuanto a la pérdida de chance existe la necesidad de realizar un juicio de probabilidad, para apreciar si el damnificado pudo verse privado de

obtener una ganancia (LÓPEZ MESA, M., "Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación...", en "Revista de Derecho de Daños", Edit. Rubinzal y Culzoni, t. 2008-1, p. 9). ----------

--- Como brillantemente se dijera hace algunos años en palabras que merecen recordarse: "Cuando la posibilidad se vislumbra concreta hasta el grado de probabilidad, no es dudosa la procedencia de indemnización por su desbaratamiento. Queda claro que -por la vinculación de la exigencia de certidumbre a la realidad presente o futura del daño- el extremo básico es la inducción del grado suficiente de convencimiento sobre su producción, que deberá formarse en la apreciación de la prueba sobre la base de los elementos acreditados y al curso de sucesos dictado por la común experiencia. Este matiz decisivo no resulta tan evanescente como sugieren las palabras. Bastará partir del cuadro causal. El agente del daño interrumpió culpablemente el desarrollo de una cadena de hechos susceptible de provocar ganancias o evitar pérdidas al damnificado. Por esto la apreciación se asentará en la consumación del acontecimiento que sirve de inicio a la concatenación causal" (GARCÍA CÁFFARO, José L., Es indemnizable por pérdida de "chance" el extravío bancario de cheque rechazado", en LL 1981-C, 100).---------- --- La chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma aun con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad (CNCiv., Sala F, 4/7/03, "Gómez, Mario c. Ciudad de Buenos Aires", LL 2004-B, 686 y RCyS 2005-I, 114). ---------- Cuando ello no es posible, la chance perdida no es indemnizable. El reconocimiento de un resarcimiento por chance perdida no puede implicar hacer tabla rasa con la exigencia de certeza del daño y con la limitación de imputación de las consecuencias remotas, ambos parámetros vigentes en nuestro derecho, a tenor de los arts. 1067 y 906 CC (cfr. esta Sala, 29/7/2009, “Passerini, Ricardo Enrique y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Daños y Perjuicios - sumario" (Expte. 28 - Año 2009 CANE). ---------- Como dije en un voto de mi autoría en sentencia de esta Sala, si hay una característica que una pérdida de chance no puede tener si pretende ser indemnizable es la de ser incierta, esto es, la absoluta falta de certeza, y aun de probabilidad de acaecer el suceso cuya chance se frustrara (cfr. mi voto, en sentencia de esta sala del 18/3/09, in re "González Daniel Armando y otra c/ Toledo Gustavo y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 185 - Año 2008 CANE).---------- --- Que no aprecio relación de causalidad adecuada, con el grado de certeza necesaria en cuanto a la existencia de la propia chance, dada la existencia de otros alimentados prevalentes de los que era responsable el occiso, por lo que no se da un presupuesto inexcusable de la reparación (art. 906 CC) entre la pérdida de la vida del occiso y la alegada pérdida de la chance de

ayuda futura a sus padres, los que dadas sus condiciones, edad, etc. no era probable que recibieran ayuda de su hijo, con la certidumbre necesaria para consideración su pérdida fuente de un daño resarcible. Por ello, propongo al acuerdo el rechazo de este agravio también. ---------- --- Analizando el recurso del coactor N. O.S., encuentro que gran parte de lo que en él se dice resulta inaudible en esta instancia, por contravenir la prohibición del art. 280 CPCC, de someter a la decisión de los jueces de alzada, capítulos no

propuestos a los jueces de grado. ----------

--- Es más, si uno lee completa la expresión de agravios, glosada a fs. 870/878 y la compara con el responde del traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora, escrito que obra a fs. 139/141, comprueba fácilmente que ambas piezas tienen un contenido radicalmente diverso, al punto de ser incompatible. Es que, mientras que a fs. 139/141 las consideraciones de esta parte son básicamente de naturaleza procesal y orientadas a rebatir los dichos jurídicos de la aseguradora, en torno a su legitimación pasiva, en el recurso de apelación se vuelcan defensas, capítulos y argumentos nunca ensayados en el grado, como una clasificación de los efectos del alcohol según los diversos dosajes, sobre la ebriedad como causal de exclusión, sobre la sentencia penal y sus efectos sobre la sentencia civil, etc, temas todos que no fueron introducidos en el grado en tiempo propio, al menos en cuanto al

primer agravio concierne.----------

-- Como se dijo en diversos fallos de esta Cámara, conforme edicta el art. 280 CPCC, la expresión de agravios no es una pieza procesal que otorgue a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la etapa postulatoria del proceso (cfr. esta Sala, 31/7/2009, "Nizovoy, Karina Marcela c/ ECORAD S.R.L. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley" (Expte. 349 - Año 2009 CANE); ídem, 17/10/12, “Vergalito E. c/ Vergalito W. s/ Ordinario” (Expte. 199 – Año 2012 CAT). ----------

-- Ello así, en caso de entrar a tratar el primer agravio de la accionada de fs. 970/878, esta alzada estaría violando abiertamente el art. 280 CPCyC y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible, máxime luego del último fallo de la Corte Suprema sobre el tema de la congruencia, dictado in re “Becerra c/ Calvi” y ya citado in extenso. ----------

--- Amén de ello y para no repetir, tampoco tiene razón sustancial el apelante sobre la nulidad de la cláusula de la exclusión de cobertura, remitiéndome a cuanto dije para fundar este aserto al tratar el recurso del coactor M. S., muchas de cuyas consideraciones son aplicables también a este agravio. ----------

-- Ingresando al tratamiento del último agravio del coactor N.S., relativo al cuestionamiento de la cuantificación del daño moral en el grado, el tema ha sido tratado in extenso al abordar idéntico o similar agravio del coactor M. S., donde demostré

argumentalmente que, pese al yerro motivatorio de la jueza, la cuantificación es correcta, remitiéndome a mi abordaje de ese agravio, para motivar el rechazo de éste, dado que ambos son sustancialmente equivalentes y no amerita el tratamiento por separado. ---------- --- Que en lo tocante a la apelación de la aseguradora citada en garantía de fs. 855, en donde se cuestiona la omisión imputada a la magistrada de grado de no imponer costas por tal citación, reclamando el apelante que las mismas sean impuestas al actor, que dice ha resultado vencido, debo decir que no ha hallo razón en el escueto escrito de la aseguradora, para modificar el decisorio de grado en este punto. En primer lugar, bien mirado el escrito de fs. 855, de apenas una carilla, podría considerarse con fundamento, que el mismo se halla desierto, dado que da una opinión de cómo debió la a quo resolver el tema planteado, pero no pone en crisis su decisorio, al no brindar una crítica concreta y razonada del mismo, conjeturando que ha habido una omisión en él, pero sin conmover sus bases de sustentación. ---------- Igualmente, más allá de ello, aprecio que el apelante carece de razón, dado que si bien es cierto que la actora citó a la aseguradora en garantía, no lo es menos que el accionado también la citó (cfr. Fs. 41vta. de autos), con lo que siendo éste condenado en costas (cfr. Fs. 814), no cabe acordar razón a la apelante sobre la existencia de una omisión en la imposición de las costas que la concurrencia a autos de su parte ha generado. En todo caso existe una decisión que al apelante puede no gustarle o favorecerle, pero para modificarla debió mostrar su desacierto, por ejemplo argumentando que debió haberse distribuido las costas o que el actor ha obtenido en autos una victoria menguada, que no ameritaba a descargarlo de su responsabilidad en cuanto a las costas, nada de lo cual el apelante hizo. ---------- No tratándose de una omisión, sino de una decisión deliberada, discutible en todo caso, pero deliberada, no ha suministrado el apelante argumento de peso alguno que demuestre la inconveniencia de mantener tal decisión en esta sede, lo que así propongo se declare, rechazándose el recurso de la aseguradora.---------- --- Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado en lo sustancial que ha sido materia de recurso y agravios. ---------- Procede la imposición de las costas de alzada en el orden causado, dado el rechazo de todas las apelaciones que se produce en esta sede (art. 71 CPCC). ---------- --- Y la regularización de los estipendios profesionales de alzada correspondientes al Dr. R. L., letrado de la aseguradora cita en garantía, el 4,9% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. L. M. O., letrado del coactor N. O. S., el 5,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. M. S., abogado en causa propia, el 2,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para los Dres. M.A. B.y D. P.abogados del demandado, el 1,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución, para cada uno de ellos; entiendo que estos porcentajes se justifican

en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 11, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).---- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expresó:----------

---Reseñadas ya por el colega antes sufragante los antecedentes de la causa, la decisión apelada y las impugnaciones contra ella vertidas por los recurrentes, ingresaré sin más al tratamiento de estas últimas.----------I.- El derecho aplicable.----------

----Concuerdo con el Señor Magistrado ponente en que los hechos de esta causa han de ser subsumidos en las disposiciones del anterior Código Civil de la Nación, aprobado por Ley 340, y no en las del flamante Código Civil y Comercial, aprobado por Ley 26.994.----------

----Es que “la nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, *en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron*” (S.C.B.A., E. D. 100-316, el destacado me pertenece)**.** Es decir que “las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico” (Llambías, “Tratado de derecho civil - Parte general”, 4ta. ed., I-142). Ello en razón de que la noción de efecto inmediato, recogida en el art. 7 del nuevo Cód. Civ. y Com., implica aceptar la eficacia e inalterabilidad de los hechos cumplidos, según criterio que ya difundiera Planiol (“Traité eléméntaire de droit civile”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1920, I-n° 248) y desarrollara luego Roubier añadiendo que “si la ley pretende aplicarse a los hechos cumplidos (facta praeterita) es retroactiva” (“Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps”, Dalloz, 2da. Ed., Paris 1960, n° 88).---- ----En la especie, la relación procesal quedó trabada con la ley vigente al tiempo en que se produjeron los hechos de la causa, la sentencia de primera instancia hoy en revisión por la alzada hizo aplicación de aquellos preceptos y no puede el tribunal “ad quem” alterar ese marco, pues ello configuraría un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales. En efecto, en reiteradas oportunidades la Corte Suprema Nacional ha resuelto que la Cámara de Apelaciones está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Const. Nac. (Fallos 301:925, 304:355), toda vez que el tal principio es expresión del derecho de propiedad y de defensa en juicio y tiende a dar certeza y seguridad a los derechos ventilados en un proceso, respetando limitaciones formales pues “también en las formas se realizan las esencia” (Fallos 315:106 y 329:5903). Conceptos todos estos que el Alto Tribunal de la

Nación reiteró recientemente al pronunciarse en la causa “Becerra c/ Calvi”el 7/7/15 (v. en http://servicios.csjn.gov.ar). No es ya entonces una norma legal la que determina el derecho aplicable, sino preceptos supralegales, constitucionales, los que hacen sentir su peso. ----------Por lo demás y en lo que atañe directamente al subexamen, incluso autores que no participan de la tesitura expuesta han afirmado que si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito aplicará la ley vigente al instante del accidente, porque la normativa que corresponde aplicar es la que regía a ese momento en que quedó constituida la relación jurídica (confr.: Kemelmajer de Carlucci, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en tramite en los que no existe sentencia firme”, en Diario La Ley del 22/4/15, pág. 1).----------

----II.- La responsabilidad del demandado y las eximentes invocadas.- ----------

---Baldío es el esfuerzo del demandado por cuestionar la conclusión arribada acerca de su responsabilidad por el daño, pues así lo decidieron dos sentencias previas pasadas en autoridad de cosa juzgada. ----------De una parte, el pronunciamiento habido en la causa penal agregada por cuerda lo declaró “autor responsable del delito de homicidio culposo” (fs. 187 vta. de dicho proceso), con el valor que a tal decisión le otorga el art. 1102 Cód. Civ.----------De otro lado, la sentencia pronunciada a fs. 214/218 del Expte. “Gentile c/ Denadei s/ daños y perjuicios”, también venido aquí “ad effectum videndi et probandi”, lo declaró civilmente responsable de las consecuencias dañosas del mismo suceso, fijando las indemnizaciones en beneficio de otro damnificado distinto a los aquí actores. Tal decisión hace igualmente cosa juzgada en el caso, allende la ausencia de la triple identidad que exigía la doctrina clásica, superada y abandonada hace ya más de cuatro décadas. Cierto es que, como regla, la sentencia se pronuncia “entre las partes” (Carnelutti, “Derecho procesal...”, EJEA 1971, I-315) y no aprovecha ni perjudica a los terceros (“res inter alios iudicata, tertio neque nocet neque prodest”). Pero el adagio no tiene valor absoluto, siendo conocidos, así sea a título de excepción al mismo, los efectos reflejos o mediatos del fallo, que en ciertos casos alcanza con su eficacia a los terceros. En nuestro país fue Carlos J. Colombo quien reivindicó, en lugar de esa rígida teoría de las tres identidades clásicas, la de la “identidad de controversias”, apoyándose en sólidas y claras razones: no pueden los jueces estar atados a fórmulas inflexibles que rijan la existencia o no de cosa juzgada, correspondiéndoles en cambio realizar un examen integral de las contiendas para determinar si existe entre ellas conexidad, continencia, accesoriedad o subsidiaridad y si la jurisdicción corre el riesgo de contradecirse (“Código Procesal...”, Abeledo-Perrot 1969, II-95), fórmula que hizo camino, pues la receptó fielmente el art. 347 inc. 6° C.P.C.C.N. al añadírsele una segunda parte, en el orden nacional mediante la ley 22.434 -con beneplácito de la mejor doctrina (confr.: Fenochietto, “Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada”, L. L. 1.988-E-334 y sgts.)- y en nuestro ámbito

provincial a través de la ley 2.203 que incorporó igual texto al actual art. 350 inc. 6° C.P.C.C.----------Tal concepción se halla ya bien asentada en la jurisprudencia de los tribunales argentinos. Lucen así en los repositorios judiciales precedentes en los que se concluyera que aun cuando una persona no haya tenido intervención en un proceso, puede ella igualmente resultar alcanzada por los efectos reflejos de la sentencia que en él se dictara, en la medida que sus derechos estén vinculados a la relación jurídica objeto de ese decisorio, en virtud de conexidad, dependencia o interferencia jurídica o práctica, ya sea en cuanto a su existencia, ya en cuanto a la posibilidad de efectiva realización. En suma, la circunstancia de que un sujeto no haya intervenido en el juicio no significa que sea él un tercero totalmente ajeno a la conducta reglada por la norma individual dictada; si la relación jurídica sustancial juzgada le es común o conexa, la cosa juzgada le beneficia o le perjudica, según el caso, alcanzándole la identidad jurídica de la cuestión definida (confr.: Cám. 2da. Apel. La Plata, Sala I, 8/10/96, JUBA 7, base SCSBLP sums. B-252.436 y B-252.437).----------

----------Los límites subjetivos de la cosa juzgada deben ser extendidos para abarcar a aquellas personas que no intervinieron en el juicio anterior -como en la especie acontece con los aquí demandantes- cuando los actos jurídicos sobre los que el mismo versó han sido analizados exhaustivamente en el fallo, pues no es posible, sin grave mengua de la seguridad jurídica, que en un nuevo pleito se reexaminen, dada la conexión jurídica existente en lo que hace al objeto litigioso. Recuérdese en este aspecto que “la antigua y mera *función negativa* de la cosa juzgada: la imposibilidad general de abrir nuevos procesos: *non bis in ídem*, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada *función positiva* de la cosa juzgada, que lo que impide es que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado”

(Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-554).----------

----Además, en este caso promedia reconocimiento expreso del demandado respecto de su responsabilidad en el luctuoso hecho en oportunidad de la audiencia sobre la que ilustra el acta de fs. 183/vta. de la causa penal. El valor de ese reconocimiento no es empañado por la veda del “contra se pronuntiatio” consagrada en el art. 18 de la Const. Nac., porque el sujeto no fue “obligado a declarar contra sí mismo” cual proscribe el precepto constitucional, sino que lo hizo voluntariamente, con discernimiento, intención y libertad (art. 897 Cód. Civ.) y nada impide a los jueces atender a tal manifestación en el proceso civil; lo contrario valdría tanto como derogar el principio general de la buena fe -principio supremo de las relaciones obligacionales, de forma que todas han de medirse por él (mi voto en c. 262/11 S.D.C. 26/11)- y desconocer las implicancias de la fructífera doctrina de los actos propios. Súmese a ello que en el ámbito del proceso civil no rige el principio “nemo tenetur edere contra se”, criterio desde antiguo acogido por la Corte Suprema Nacional al decidir que la garantía constitucional de no ser obligado a

declarar contra sí mismo sólo impera en materia penal (Fallos 238:416, 253:493; confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., V-B-!3, n° 4). ----------
---Por cierto que la existencia de una condena penal no es obstáculo para que en sede civil sea analizada la posible concurrencia de causales en la producción de la consecuencia dañosa, como aquí se alegó la no utilización por la víctima del cinturón de seguridad y el riesgo asumido por el occiso en el transporte benévolo. No veo asidero a ninguna de esas dos argumentaciones con las que se procura una eximente al menos parcial de responsabilidad.----------
----Comenzaré descartando el que en el transporte benévolo, de amistad o complacencia el transportado asuma el riesgo y, consecuentemente, el conductor pueda ser liberado de responsabilidad total o parcialmente. Data de más de veinte años atrás un pronunciamiento de nuestra Corte Suprema Federal que defenestró tal tesis de la asunción por la víctima de riesgo del viaje, señalando que “el riesgo que asume el transportado benévolamente no alcanza el de perder la integridad física o la vida” (Fallos 315:1570), criterio que el Alto Tribunal Nacional ratificó años después en precedente ulterior (E. D. 173-46).----------Al invocar la falta de utilización por la víctima del cinturón de seguridad nos proponen los recurrentes un supuesto típico de concausalidad, de aquellos en que se da la interferencia de otro hecho, concomitante o anterior, en el curso causal desencadenado por la acción de aquel a quien se atribuye el daño, perjuicio este que será en parte consecuencia mediata a dicho suceso sumado (art. 901 Cód. Civ.; mis votos en c. 20.577 S.D.C. 34/07, c. 30/08 S.D.C. 19/09). Mas para reconocerle a ese hecho añadido la calidad de concausa él debe ser también origen del resultado dañoso, porque nuestro Código Civil estructura un sistema que concuerda exactamente con la teoría de la causalidad adecuada, donde causa es únicamente el acto u omisión que según el curso ordinario y natural de la cosas era idóneo para producir el resultado, debía normal o regularmente producirlo de acuerdo a la experiencia de vida, en tanto que los demás antecedentes o factores de ese resultado configuran simples condiciones que, aun cuando hayan intervenido “sine qua non” en su producción, no forman la causa (arts. 901, sgts. y concs. cód. cit., su doctrina). En la prognosis póstuma lo que ha de verificarse entonces es si el factor considerado puede ser retenido en la mente como elemento dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto sobrevenido (confr.: S.C.B.A., D.J.B.A. 158-100).- ---------- ----Falta en esta especie tal requisito insoslayable, pues el no uso del cinturón de seguridad por parte de la víctima no parece haya importado un aporte causal determinante o coadyuvante en la producción del resultado dañoso. No cabe pasar por alto aquí la extraordinaria potencia del impacto, revelada por las fotografías incorporadas a fs. 38/41 del proceso penal, demostrativas de que tras la colisión focalizada para colmo del lado derecho de la cabina del vehículo, ocupado por el occiso- el habitáculo de la camioneta F. R. quedó literalmente destrozado;

en ese cúmulo de piezas rotas y retorcidas, no es probable que persona alguna, usara o no cinturón de seguridad, quedara ilesa.- ----------

----------Tales son las razones por las que considero que en autos ha sido correctamente concluida la responsabilidad exclusiva del demandado. ----------

-

----III.- Los daños y su determinación. ----------

----1) El daño moral. ----------

----Llevan parcial razón los coactores recurrentes en su impugnación relativa a la reparación del daño moral. Quebranta el esencial principio de no contradicción al que debe ceñirse toda sentencia un pronunciamiento que, como el sometido a revisión, desecha la concausalidad de culpa de la víctima y, no obstante, atiende a ella a la hora de determinar el monto de la indemnización, pues, es sabido, donde despliega sus efectos ese factor concausal es precisamente a la hora de determinar los montos resarcitorios. No ha sido coherente entonces atender al influjo de un componente causal inexistente.- ----------

---- Pero sólo hasta allí alcanza el acierto de la crítica de estos apelantes a este capítulo del fallo, en tanto, pese al error señalado, los montos indemnizatorios fijados han sido a la postre prudentes.- ----------

----En innúmeros pronunciamientos de este tribunal he señalado que, dada la naturaleza reparadora del rubro “daño moral”, especie del género indemnización, su “quantum” debe estar referido a la dimensión del perjuicio sufrido, correspondiendo pues para fijarlo atender al tipo de derecho lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó a la víctima y al factor de atribución de la responsabilidad, pues hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad del agente se presenta (este tribunal, c. 289/10 S.D.C. 23/10, c. 509/10 S.D.C. 3/11, c. 114/11 S.D.C. 15/11, c. 204/13 S.D.C. 12/13, c. 202/13 S.D.C. 16/13, por citar sólo un puñado de los últimos). ----------

-

----Entiendo así que en los casos de los dos coactores corresponde atender a los elementos de juicio que de inmediato indicaré.----------

----A) A propósito de los intereses heridos, que se les infirieron trascendentales agravios a sus más íntimos y caros sentimientos con la muerte de su hijo. ----------B) Respecto de las consecuencias del hecho, el mismo provocó a los demandantes el dolor del alma más intenso que los seres humanos podemos experimentar. ----------C) Tocante a la índole del ilícito, el factor de atribución en el caso fue la culpa del sujeto -aunque en su más alto grado, bajo la grosera forma de la culpa de derecho criminal-, fuente de responsabilidad intermedia entre la cabal intencionalidad del agente, esto es, el dolo, y la más alejada de éste, es decir, la fuente objetiva del riesgo creado- (confr.: Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. ed., pág. 189).----------Para

cuantificar las indemnizaciones hemos de atender a estos parámetros y tener también en cuenta la finalidad de ellas. Al establecer el monto indemnizatorio no apuntamos los jueces a fijar el “pretium doloris”, que importaría la pretensión de sustituir el padecer del alma por su precio en dinero, intento vano porque la distinta naturaleza de ellos los hace inequivalentes. Procuramos en cambio dar al damnificado medios para paliar los efectos del dolor; dotarlo, en fin, de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue la tristeza, como una suerte de precio sí, mas de “pretium consolationis”, cual he sostenido en numerosos precedentes de esta cámara (por todos, mi voto en c. 11.578 S.D.C. 24/95, Boletín Judicial S.T.J. Ch. nº 12, págs. 35 y sgts.; confr.: Iribarne, “La cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños n° 6, Rubinzal-Culzoni 1999, págs 185 y sgts., en especial pág. 197, n° VII). Así lo indico porque ello viene a cuento de la comparación que se ha trazado entre las sumas aquí fijadas y la concedida por este ítem al hijo del fallecido en el proceso que corre por cuerda. En esta especie los destinatarios del resarcimiento son personas de mayor edad, que, por su expectativa de vida, contarán con menor lapso para sufrir sus padeceres y requerir entonces el acceso a alguna delectación, que “es un remedio para mitigar toda tristeza , cualquiera sea su procedencia” (Santo Tomás de Aquino, “Suma teológica”, I-II-38-1, ed. B.A.C. 1954, IV-386). ----------En consideración a tales parámetros, entiendo que los montos en que la Señora Magistrada de origen tasara los daños morales en ejercicio de la facultad judicial consagrada en el art. 167 C.P.C.C. resultan adecuados.----------

----2) La pérdida de chance.----------

----Viene atacado por los coactores el rechazo de su reclamo resarcitorio por la supresión de sus posibilidades de recibir ayuda económica futura de su hijo fallecido. ------Cuando la expectativa de los padres de recibir en el porvenir ayuda económica de un hijo resulta frustrada por el fallecimiento de éste, no estamos ante un daño cierto, sino frente a la pérdida de una chance. Múltiples avatares podrían haber determinado que el retoño, de haber conservado la vida, no llegara sin embargo a una situación patrimonial que le permitiera socorrer a sus progenitores. ----------Tal tipo de perjuicio se ubica, lo reitero, en la categoría de pérdida de una chance, bien definida por la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil como la privación de la oportunidad de participar, con un grado serio de probabilidad, en un evento de resultado incierto en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio (L. L. 1986-C-39). En este supuesto coexisten un elemento de certeza y otro de incerteza. Certeza de que de no haber mediado el evento dañoso, el damnificado habría conservado la esperanza de obtener un provecho económico; incertidumbre acerca de si, de haberse mantenido la situación previa a ese hecho, la ventaja se habría en realidad obtenido (confr.: Tanzi, “La responsabilidad en la pérdida de la chance”, en “La responsabilidad. Homenaje al Profesos Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Abeledo - Perrot 1995, págs. 331 y sgts.).

Desde luego que la certeza del daño constituye un requisito indispensable para acceder a la reparación (arts. 519, 1067, 1069 Cód. Civ.), mas en el caso de las chances tal certidumbre sólo alcanza a que la esperanza de lograr un beneficio o evitar una pérdida quedó definitivamente truncada, permaneciendo en cambio en la incerteza si esa expectativa se habría concretado en los hechos. Bien explicaba el maestro Pedro N. Cazeaux que “para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (“Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance”, en “Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello”, Ed. Platense 1981, págs. 23 y sgts., n° 10). ----------En la especie la frustración de la esperanza resulta incontrovertiblemente cierta, pero, por el contrario, la probabilidad de que los padres llegaran en lo futuro a recibir ayuda de su hijo fallecido aparece vidriosa. En más de un precedente hemos señalado que a la simple esperanza paterna de recibir en el porvenir ayuda filial no puede contabilizársela como una chance si no se justifica que la víctima estaba en condiciones objetivas de lograr beneficios económicos suficientes, si no inmediatamente, al menos en un tiempo medianamente cercano, pues la posibilidad lejana es solamente posibilidad, es decir eventualidad e hipótesis; en fin, que es exigible algo más en la escala de los valores lógicos que lo meramente posible, debiendo aparecer en cambio la posibilidad lo bastante fundada como para que, transformándose ya en *probabilidad*, configure una chance indemnizable (S.D.C. 4/92, 38/94, 6/95, 44/99), postura esta con la que comulga prestigiosa doctrina (confr.: Orgaz, “El daño resarcible”, Ed. Córdoba1980, págs. 74/75 y en “La vida humana como valor económico”, E.D. 51-851; Salas, “Código Civil anotado”, 2da. ed., Depalma 1978, I-529, nº 2, “B”; Zannoni, opus
cit., pág. 215).----------
---Con todo acierto ha destacado Mosset Iturraspe que “no es realista, no está de acuerdo con el momento que atraviesa la Argentina en la hora presente, que un padre o una madre abriguen ilusiones excesivas acerca del apoyo espiritual o material que recibirán de sus hijos” y tras describir las sucesivas etapas de la vida de los jóvenes en las que, desde niño hasta adulto, sus necesidades irán, por lo general, a la zaga de sus ingresos tornando dudosas las expectativas paternas de ayuda, concluye “...si esto es así, si debemos contemplar la cuestión con verdad y realismo, ¿cuál es el daño patrimonial que pueden invocar? Todo ello confluye a agudizar el juicio crítico acerca de la chance, probabilidad o posibilidad de ayuda, eventual o hipotética” (“El valor de la vida humana”**,** 2da. ed., Rubinzal - Culzoni 1986, págs. 138/139).----------
----Precisamente en ese realismo, en dicha adecuación de la pura teoría jurídica a la realidad económica-social que circunda los casos ocurrentes, se inscribe el no considerar la frustración de la esperanza de ayuda filial futura como un daño

indemnizable, a menos que se demuestre que el hijo fallecido se encontraba en situación de prestarla o próximo a colocarse en tal posición. Invocar el futuro deber alimentario de los hijos puede importar en innúmeros casos teorizar en abstracto, porque cuenta también apreciar si el eventual alimentante dispondría de medios bastantes para cumplirlo. En esta especie, que el titular de una pequeña empresa unipersonal dedicada a la comercialización de insumos informáticos (fs. 7, párr. 3°) -que al momento del deceso de aquél “tenía aproximadamente un año o menos desde que se había inaugurado, por lo que era una actividad comercial que se encontraba en sus inicios”-, llegara “generar varios millones de pesos a lo largo de su vida” (fs. 868, párrs. 3° y 4°), parece mucho más una conjetura que una auténtica probabilidad en el corto o mediano plazo. Máxime que lo que debe tenerse en cuenta no es la riqueza que el occiso pudo llegar a crear a lo largo de su vida entera, sino aquella parte de la misma que habría podido destinar a la ayuda de sus progenitores durante el lapso de sobre vida de éstos, computando a la par que la víctima había engendrado ya un hijo con prevaleciente derecho alimentario sobre sus abuelos.- ----------

---Concluyo por todo ello que este rubro resarcitorio ha sido correctamente desestimado.----------

----IV.- La exclusión de la cobertura del seguro.----------

---Tanto los coactores cuanto el demandado cuestionaron en esta instancia la decisión de la Señora Jueza de previo grado de excluir el accidente de la cobertura del seguro por culpa grave del asegurado, argumentando que el estado de ebriedad de éste no fue acreditado, sin que en ello tenga incidencia su negativa a someterse al control de alcoholemia, añadiendo uno de los codemandante que, en todo caso, dicho estado de embriaguez no se halló en relación causal con el infortunio.----------

---En mi concepto, no les asiste razón en tales motivaciones. ----------

--Diversos elementos de juicio confluyen aquí para acreditar el estado de ebriedad del demandado al instante del hecho. ----------

----De una parte, tenemos el aroma etílico y las bebidas alcohólicas halladas por los oficiales de policía en la cabina del automotor accidentado (acta de fs. 2 de la causa penal). ----------

---De otro lado, contamos con la comprobación del médico policial a poco de suceder el hecho, quien, tras reconocer profesionalmente el estado del demandado, pudo establecer que en su conducta “si” hubo influencia del alcohol, que calificó de “ebriedad etílica” (certificado de fs. 4 del proceso correccional). ----------

-

----Por último, hallamos la negativa del conductor a someterse al control de alcoholemia. Que tal negativa fue acreditada no es dudoso, pues ella fue comunicada al oficial público interviniente en la diligencia de la que se labrara el acta de fs. 3 del proceso penal, auténtico instrumento público entonces (art. 979 inc. 2° Cód. Civ.). Esa manifestación

forma una cláusula dispositiva del instrumento público, por hacer al objeto del acto, y constituye en consecuencia prueba completa de lo manifestado (art. 994 cód. cit.), haciendo fe de ello en tanto no sean arrimadas otras probanzas que lo desvirtúe (confr.: Llambías, “Tratado de derecho civil - Parte general”, 2da. ed., II420/421, n° 1675; este tribunal, c. 826/13 S.D.C. 6/13), las que en el caso no fueron aportadas.- ----------

---Dicha negativa al examen de alcoholemia, en abierta infracción al deber impuesto a los conductores por el art. 73 de la Ley 24.449, da sustento a la presunción de quebrando a la prohibición de conducir en estado de intoxicación alcohólica consagrada por esa norma al remitir al precepto del art. 48, inc. “a” del mismo ordenamiento, correspondiendo destacar que dicha disposición no fue concretamente tachada de inconstitucional en el subexamen. Añado que tal negativa por sí misma es elemento sugerente de una ebriedad que el sujeto intentó ocultar, cual la juzgadora de grado señalara a fs. 807, párr. 3°, pues constituye un fuerte indicio de ello, en tanto aparece clara y cierta la relación causal entre ese hecho indicador y el indicado y aquél apuntan más a este último que a otro distinto de él (confr.: Ellero, “De la certidumbre en los juicos criminales”, Reus 1944, págs. 63/66). ----------Por lo demás, la cláus. 23 de la póliza del seguro así lo establece en norma convencional oponible al asegurado (art. 1195 Cód. Civ.). Y a esta altura debo indicar que ningún vínculo tienen con esta especie los precedentes de esta sala citados al respecto por el coactor N. S. a fs. 874 vta., pues en esos votos me referí a la nulidad de la cláusula de exclusión de la cobertura asegurativa por culpa del conductor que no es tomador del seguro (c. 12.561 S.D.C. 17/98, c. 20.318 S.D.C. 32/05), mientras que en este caso hallamos que el demandado conductor era al propio tiempo el tomador del seguro (fs. 104).----------

----------Y esa referida cláusula de exclusión es igualmente oponible a los damnificados, puesto que el asegurador sólo responde ante ellos “en la medida del seguro”, según el art. 118 de la Ley 17.418. En reiterados fallos la Corte Suprema Nacional ha señalado que el derecho de la víctima frente al asegurador de quien le ocasionó un daño reconoce tales limitaciones, es decir que si el seguro tiene límites o exclusiones expresados en la póliza, éstos le son oponibles al reclamante (jurisp. cit. por López Saavedra, “Ley de seguros comentada y anotada”, La Ley 2007, pág. 577). ----------No corresponde que esta alzada tenga la cláusula de marras por abusiva si la Señora Magistrada “a quo” fundó extensamente la razonabilidad de ella (fs. 807/808) y los apelantes se han limitado a tacharla de abusiva sin incluir en sus impugnaciones críticas concretas y razonadas, esto es precisas y fundadas, contra las motivaciones expuestas por la sentenciante (arts. 268, 269 C.P.C.C.).----------

----------El repasado cúmulo de elementos de juicio -aroma etílico y objetos encontrados en la cabina de la camioneta, examen médico del conductor y negativa de éste a someterse al control de alcoholemia- conforman un cuadro indiciario bastante

para fundar la presunción “hominis”de ebriedad del demandado, pues se trata de indicios sólidos, nutridos, coincidentes y gravosos, cimientos idóneos pues para formar la convicción judicial (art. 165 inc. 5° C.P.C.C.). En verdad, lo siempre deseable es contar con comprobaciones precisas y fehacientes, pero a falta de ellas muchas veces los jueces hemos de valernos para formar convicción de las presunciones, esto es los juicios lógicos elaborados por los magistrados que, de acuerdo a las máximas de la experiencia que indican cuál es el modo normal en que suceden los acontecimientos, deducen a partir de hechos conocidos -los indicios- aquel o aquellos otros no acreditados por prueba directa (confr.: Devis Echandía,”Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-694 y sus citas; Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., III-684). Y las presunciones en nuestro derecho son tan argumento de prueba como los aportados por los restantes medios probatorios reglados por la ley procesal (confr.: C.N. Fed., Sala I Civ. y Com., J.A. 1980-I-670; esta Cámara, c. 14.768 S.D.C. 33/99, c. 16.071 S.D.L. 40/00, c. 19.014 S.D.C. 2/04, c. 20.449 S.D.C. 58/05, c. 71/11 S.D.C. 24/11, entre muchas otras).----------

---Tal modo de juzgamiento, según la experiencia de vida cimiento de las presunciones “hominis”, hunde profundas raíces en la historia del pensamiento, pues ha sido el propio Aristóteles quien en formulación sintética señaló que el juez “no debe juzgar únicamente sobre la base de lo necesario, sino también de acuerdo con lo verosímil”, es decir “aquello que más frecuentemente ocurre de una determinada manera” (“El arte de la retórica”, trad. de E. Ignacio Granero, EUDEBA, Lib. 2, Cap. 25, págs. 311/312).----------

---Tocante a la cantidad de indicios sostén de la presunción, hemos de recordar que es al juez a quien le corresponde definir cuándo dos o más constituyen plena prueba, sin que pueda fijarse previamente el número necesario, pues ellos, según la clásica expresión de Bentham, se pesan y no se cuentan (confr.: Devis Echandía, ob. ind., II652; Dellepiane, “Nueva teoría de la prueba”, Temis, Bogotá 1961, págs. 106/108); “el número necesario de éstos no puede determinarse invariablemente; resulta tal cual puede requerirse cuando surge la necesidad moral o física entre el efecto y la causa, entre el indicio y la cosa a la que se refiere”; tal necesidad “no siempre ha de ser física, sino más bien moral”, impuesta por el orden natural de las cosas (Ellero, opus y loc. cit.).----------

----Como contraindicio invoca hoy uno de los coactores el relativamente bajo contenido de alcohol en sangre hallado en el dosaje practicado al cadáver de la víctima. Concuerdo aquí con lo expresado por el colega antes sufragante: esa circunstancia no es indicativa de similar grado de intoxicación en el victimario, pues no consta en autos que ambos ingirieran idéntica cantidad de alcohol y porque los seres humanos no asimilan la sustancia por igual.----------

---Pues bien, conducir el asegurado su vehículo en estado de intoxicación alcohólica, más allá de la inteligencia que el recurrente N. S. procura dar a los arts. 70 y 118 de la

Ley 17.418, constituye la culpa grave del mismo que excluye el siniestro de la cobertura, pues configura una conducta violatoria del comportamiento *antisiniestral* que el asegurador presupone y espera de su cocontratante y que aquél ha tenido en cuenta a los fines del otorgamiento de la cobertura, comportamiento este que implica la falta de adopción de las mínimas diligencias exigibles en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de tiempo, lugar y persona (doc. art. 512 Cód. Civ.; confr.: C.N. Com., Sala “B”, L. L. 1990-A-629). Y no puede afirmarse con verdad que no medió nexo causal entre la ebriedad y el resultado dañoso, porque, sin duda, fue esa intoxicación la que llevó al demandado al exceso de velocidad productor del accidente, según el perito accidentólogo actuante en sede penal (fs. 83/84 de dicha causa), toda vez que la ebriedad provoca, cual bien señalara la sentenciante de origen, “euforia, sobrestimación de las propias capacidades, subestimación del riesgo” (fs. 806 vta., últ. párr.). Todo ello encuadra en el concepto de culpa grave, una conducta del sujeto que se somete a un riesgo innecesario, creyendo que no se hará efectivo y se arriesga desafiándolo, riesgo que termina alcanzándolo (confr.: Cám. 1era. Civ. Circ. I Mendoza, cit. por López Saavedra, ob. ind., pág. 362). ---------- En cuanto a que el decisorio civil, violando con ello el art. 1102 Cód. Civ., modificó la calificación del hecho realizada por el juez penal por ser la culpa grave equivalente al dolo, basta leer el fallo habido en sede represiva para advertir que allí el magistrado calificó el hecho de “homicidio culposo”, lo que equivale en buen romance a “culpa” del homicida, tal y como lo concluyó la juzgadora de la anterior instancia. Y no existe una perfecta equivalencia entre culpa grave y dolo que los asimile al punto que la invocación de aquélla transforme el hecho en doloso, pues la imprudencia, negligencia o impericia más groseras no importan el ejecutarlo a sabiendas y con intención de dañar (doc. art. 1072 Cód. Civ.).----------

---Entiendo por todo ello que ha sido correcta la exclusión del siniestro de la cobertura.-

----V.- Las costas originadas por la citación en garantía.- ----------

---No veo que la “a quo” haya omitido pronunciarse acerca de las costas originadas por la citación en garantía de la aseguradora. Al imponer las costas causídicas al demandado perdidoso del pleito sin discriminar las motivadas por la intervención de esa tercera, debe entenderse que cargó la totalidad de los gastos del pleito al derrotado y en ello no promedió tampoco error, en tanto también éste - y no sólo los actores- pidió la citación en garantía de la aseguradora, sin derecho por su culpa grave en la producción del siniestro, dando con ello lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva finalmente acogida, de modo que fue su actuar lo que provocó la necesidad de la aseguradora de incurrir en gastos causídicos (art. 69 C.P.C.C.).----------

---VI.- La conclusión.----------

----Las expuestas son las motivaciones que me inclinan, también a mi como al colega prevotante, por la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de

agravios.- ----------
----Desestimados la totalidad de las impugnaciones de los recurrentes, las costas de segunda instancia habrán de ser impuestas en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.).------
---Los honorarios por los trabajos profesionales de alzada cabrá regularlos en las sumas propuestos por el prevotante, adecuadas a la extensión, calidad y resultado de dichas labores (arts. 5, 6, 8, 11, 13, 18, 46 de la Ley XIV n° 4).----------
----Me expido en esta cuestión pues por la AFIRMATIVA. ----------
-- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------
- --- Llegado este punto debe analizarse si las dos apelaciones de honorarios deducidas en la causa por los Dres. B. y B. son procedentes, lo que implica analizar si efectivamente son reducidos los honorarios que se regulara a los mismos en el grado.---- En cuanto a las sendas apelaciones deducidas a fs. 817, por la Dra. M. B., y por el Dr. M. A.B, que apelan los honorarios que se le regularan en el grado por bajos, es dable destacar que habiendo analizado la actuación de ellos, la actuación de los demás profesionales actuantes, el tope porcentual regulatorio establecido por el art. 505 CC y la existencia de varios profesionales actuantes en sucesivas etapas por su parte, sin desconocer la relevante intervención cumplida por los apelantes, así como la incidencia que su trabajo pudiera haber tenido en defensa de los derechos de su cliente, de acuerdo a las pautas que esta Cámara emplea en casos similares, se comprueba que efectivamente el emolumento fijado es algo reducido, motivo por el cual se eleva en este acto para cada uno de los apelantes al 3,66% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución de sentencia alzada (arts. 5, 6, 9, 18 y 46, Ley XIII N° 4), debiendo modificarse en este sentido la sentencia apelada.---- --- No corresponde regular honorarios a la letrada patrocinante de los recursistas de fs. 817 y 818, dado que su intervención era prescindible, ya que asiste a letrados en cuanto a sus propios intereses y que además, no ha existido trabajo resarcible a su cargo en ambos recursos, como que el cuestionamiento de la regulación de emolumentos, contó solo con una mínima fundamentación y no se trataba de cuestiones complejas, que ameritaran un asesoramiento especial, máxime cuando los recurrentes son abogados litigantes y no peritos u otros auxiliares de la justicia. ---------- Por las razones expuestas, a la segunda cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------
----**A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez repuso: ----------
---En verdad hallo algo escasos los honorarios que le fueran regulados a los Dres. M. B. y M. A. B. por sus labores de primera instancia. Computadas la amplitud, mérito y eficacia de sus tareas, las etapas del proceso en que participaron, la calidad de patrocinante en que lo hicieron y las pautas de los arts. 5, 6, 9 y 38 de la Ley XIII n° 4, entiendo que dichos emolumentos deben ser elevados, para cada uno de dichos profesionales, a la

suma equivalente al 3,66 % del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución. ----------Voto esta cuestión entonces PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------**A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ---------- --- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: ---------- --- 1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo sustancial que fuera materia de recurso y agravios. ---------- - --- 2) MODIFICAR los honorarios de grado de los Dres. M. B. y M. A. B., los que se elevan al 3,66% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución para cada uno de ellos.---------- --- 3) IMPONER las costas de alzada en el orden causado, dado el rechazo de todas las apelaciones que se produce en esta sede. ---------- --- 4) REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes al Dr. R. L., letrado de la aseguradora cita en garantía, el 4,9% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. L.M. O., letrado del coactor N. O.S., el 5,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. M. S., abogado en causa propia, el 2,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para los Dres. M.A. B.y D.P., abogados del demandado, el 1,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución, para cada uno de ellos. ---------- --- 5) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.---------- ---**A DICHA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:---------- - ---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre las precedentes cuestiones.- ---------- ----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17). ---------- ---Trelew, de agosto de 2015.---------- --En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:---------- ---------- **S E N T E N C I A**: ---------- CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo sustancial que fuera materia de recurso y agravios. ---------- --- MODIFICAR los honorarios de grado de los Dres. M. B. y M.A. B., los que se elevan al 3,66% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución para cada uno de ellos.---------- --- IMPONER las costas de

alzada en el orden causado, dado el rechazo de todas las apelaciones que se produce en esta sede. ---------- --- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes al Dr. R. L., letrado de la aseguradora cita en garantía, el 4,9% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. L. M. O., letrado del coactor N.O.S., el 5,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. M.S., abogado en causa propia, el 2,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución; para los Dres. M.Á. B.y D. P., abogados del demandado, el 1,5% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución, para cada uno de ellos.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2015 – SDC.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO