En la ciudad de Trelew, a los 19 días de junio del año dos mil veinticuatro, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y la presencia de los Sres. Jueces del Tribunal Dres. Sergio Rubén Lucero y Guillermo Nicolás Walter, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A., N. F. c/ F., J. M. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 765 - Año 2023 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado con fecha 17/04/2024.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:

Vienen los actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, mediante presentación ID 1194146, obrante a fs. 511; y, por el co-demandado Sr. H. J. F., mediante presentación ID 1196770, glosada a fs. 513. Ambos recursos fueron planteados en contra de la sentencia definitiva dictada en autos, obrante a fs. 498/510.

La sentencia apelada en el primer punto de su parte resolutiva hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la tercera citada en garantía “S. C. de S. L.”, con costas a cargo de la parte actora. En el segundo, resolvió hacer lugar a la pretensión resarcitoria ejercida por la Sra. N. F. A. en representación de su hijo T. S. F., condenando a los demandados Sres. J. H. F. y J. M. F., a que en el plazo que fija, abonen la suma de $ 10.776.072 con más los intereses que se liquidarán según las pautas indicadas en los considerandos respectivos, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda. Todo ello, con costas a los accionados.

Los Dres. F. A. P. y D. M. Z., por su propio derecho, interponen recurso de apelación en contra de la regulación de sus honorarios por estimarlos bajos.

A fs. 525/531 vta., luce agregada la presentación electrónica de la expresión de agravios (ID 1374057), de la parte actora.

A fs. 532 y vta., la expresión de agravios de la parte co-demandada apelante (ID 1377151).

Mediante presentación ID 1389010, la tercera citada en garantía “S. C. de S. L.” responde la expresión de agravios presentada por la parte actora.

Mediante escrito electrónico ID 1428669, contesta la vista que se le confiriera la Asesoría de Familia interviniente, el que se encuentra glosado a fs. 543/544.

I.- Agravios formulados:

A) **Parte actora**:

1) Bajo el titulado “Arbitrariedad e ilegalidad de la sentencia por fundarse en la aplicación de una cláusula abusiva, discriminatoria, nula e inconstitucional. Omisión de

pronunciamiento", expone que el fallo que ataca omitió pronunciarse respecto a la contestación efectuada ante el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la tercera citada en garantía en cuanto denunció que la cláusula de exclusión de cobertura CG-BC 2.1.17, en cuanto dispone que no se responde por los daños sufridos por parientes del asegurado y/o conductor, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, resulta abusiva e ilegal peticionando que así se lo declare. Del mismo modo, apunta que planteó la confiscatoriedad e inconstitucionalidad del límite de cobertura de $ 6.000.000, por violentar los arts. 17, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Deja constancia que también impugnó la pericia contable realizada en extraña jurisdicción (ID 367840) y en la presentación de los alegatos (ID 927261). Sostiene que la principal premisa en la que se apoya la juzgadora de grado para hacer lugar la falta de legitimación pasiva opuesta es la abusiva cláusula del contrato que debió tenerse por no escrita conforme lo dispone el art. 988 del C.C. y C., en sus incisos a), b) y c). De allí, postula, la sentencia resulta arbitraria e ilegal. Expone que además dicha cláusula es inconstitucional por cuanto priva de la posibilidad de exigir la reparación integral de los daños causados como consecuencia del accidente de tránsito en el marco de un seguro obligatorio por responsabilidad civil por el solo hecho de su relación de parentesco con el titular de la póliza. Argumenta que el fallo que impugna se funda solo en los intereses del mercado asegurador ya que avala que las personas estén obligadas a contratar un seguro que en forma abusiva y discriminatoria no cubriría a la gran mayoría de las personas transportadas diariamente por las rutas y ciudades argentinas, es decir, los familiares directos del titular. Cita el art. 19 de la Constitución Nacional y la Declaración de los Derechos del Hombre. Indica que la cláusula debió tenerse por no convenida en los términos del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor en tanto desnaturaliza y restringe la protección que le corresponde a las víctimas de accidentes de tránsito en su carácter de consumidores de seguros. Afirma que la víctima del siniestro debe considerarse consumidor de seguros ya que, aunque no sea parte de la relación contractual, se ve expuesta a la misma como destinatario o beneficiario. Alude a que la víctima es un niño menor de edad, es decir, un sujeto de preferente tutela constitucional. Insiste que la juzgadora omitió pronunciarse sobre su planteo que realizara al contestar la excepción de falta de legitimación pasiva, consistente en que la cláusula de exclusión de cobertura es abusiva e ilegal, que el contrato de seguro es de consumo y por adhesión que como tal tiene una regulación específica en el Código de fondo siendo el Derecho aplicable al caso. Termina solicitando que se revoque la sentencia apelada dejando sin efecto la imposición de costas a su parte e imponiéndolas a la citada en garantía en ambas instancias.

2) Este agravio lo titula como "Arbitrariedad por violentar abiertamente normas del Código Civil y Comercial y por fundarse en jurisprudencia inaplicable al caso de autos".

Expone que el hecho debatido en autos ocurrió el 11/12/2016, durante la vigencia del C.C. y C, por lo que los fallos “Flores” y “Buffoni” de la Corte Federal no aplican por tratar situaciones a las que correspondía aplicar pautas normativas del Código Civil anterior. Lo mismo señala respecto a la jurisprudencia de los casos “Arnal” del año 2000 y “Maggi” del año 1996, dictados en un marco legal diferente al vigente desde agosto de 2015 en el que entrara en vigor el C.C. y C. Se explaya sobre su planteo realizado al contestar la excepción, con varias citas legales y de doctrina que critican los precedentes de la Corte Federal antes mencionados, a cuya lectura remito. Finaliza postulando que por tales razones el fallo es arbitrio y contrario al C.C. y C., solicitando su revocación en cuanto es materia de agravio, con imposición de costas.

3) Se titula “Omisión de efectuar el control de legalidad previsto por el art. 989 del C.C. y C.”. Indica que la juzgadora *a quo* omitió considerar que el contrato de seguro es un contrato de consumo o de adhesión y debió controlar su legalidad en los términos del art. 989 del C.C. y C., aun cuando pueda existir aprobación administrativa de la cláusula abusiva. Se agravia que no se haya pronunciado respecto de la cláusula de exclusión y de limitación de cobertura que violentan los arts. 16, 17, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Señala que aun si se aceptara que el contrato de consumo no siempre es un contrato de consumo (posición que adopta el fallo atacado y que no comparte), de lo que no cabe duda que es un contrato de adhesión, postulando que la cláusula de exclusión que cuestiona beneficia en forma excesiva y agraviante a una de las partes, desnaturalizando totalmente las obligaciones de la citada en garantía. De haberlo hecho a tal control, especula, habría tenido por no escrita la cláusula o la habría declarado inválida, nula, inoponible o inconstitucional. Vuelve a pedir la revocación del fallo apelado, con imposición de costas.

4) Con el título de “Arbitrariedad de la sentencia por contrariar el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito y la Ley de Defensa del Consumidor”, expone que el art. 68 de la ley 24.449 tiene como objetivo principal la protección de los damnificados. Agrega que éstos deben considerarse consumidores a tenor de la interpretación armónica e integrada de los arts. 42 de la Constitución Nacional, art. 1 de la ley 24.240 y 68 de la ley 24.449. Cuestiona el concepto de tercero de la juzgadora de grado que le adjudica a T. como víctima del accidente colocándolo en un pie de desigualdad respecto de cualquier otra persona que viaje a bordo del vehículo al momento del siniestro. Afirma que con la ley 26.361, el contrato de seguros debe ser considerado como relación de consumo. Por ello, solicita que se revoque la sentencia apelada, con costas.

5) Bajo el título “Arbitrariedad e ilegalidad del fallo recurrido por violentar la Convención de los Derechos del Niño”. Apunta que tanto la cláusula de exclusión de cobertura como la del límite de responsabilidad violentan los derechos de un menor de

edad contrariando el art. 39 de la Convención de los Derechos del Niño que transcribe, revictimizándolo con olvido de que el seguro obligatorio cumple una función social no contemplada por la juzgadora quien lo analiza solo desde el punto de vista contractual. Cita jurisprudencia y solicita se revoque el fallo apelado con imposición de costas.

6) Bajo el título de "Aceptación del siniestro en los términos del art. 56 de la Ley de Seguros. Omisión de pronunciamiento respecto de los fundamentos esgrimidos para fundar la improcedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva", manifiesta que la compañía de seguros no se expidió fehacientemente por el rechazo o admisión del siniestro dentro de los treinta días de la denuncia. Agrega que la supuesta carta documento que invoca haber enviado a J. H. F., no justifica ni importa que se haya cumplido la obligación de expedirse sobre la admisión y cobertura del siniestro por lo que -concluye- el mismo debe considerarse aceptado. Refiere que el hecho ocurrió el 11/12/2016 y recién el 31/08/2020, es decir, tres años y ocho meses después, impuso una supuesta carta documento -aclara que "supuesta" porque ha sido desconocida por su parte y no se demostró su autenticidad-, pretendiendo legitimar su mora y negligencia ya que ya había transcurrido largamente el plazo para notificar el rechazo o admisión del siniestro. Advierte que la aseguradora tomó conocimiento, previo al inicio de este proceso, en varias oportunidades, tanto por intimaciones cursadas por su parte como por la notificación que se le efectuara en el beneficio de litigar sin gastos y en la causa penal obrante en el legajo 68839. Señala que la juzgadora se sustentó en cita de jurisprudencia anterior al Código Civil y Comercial de la Nación por lo que, postula, no es de aplicación al caso por encontrarse regido por las normas incorporadas referidas a los contratos de consumo, de adhesión y las previsiones legales ante cláusulas abusivas por desnaturalizar en forma absoluta las obligaciones de la aseguradora. Postula que la cláusula de exclusión es nula de nulidad absoluta por contrariar el C.C. y C. y que el contrato de seguro obligatorio del automotor debe cubrir terceros transportados y no transportados tal como lo establece la Ley Nacional de Tránsito.

7) Con el titulado "Arbitrariedad de la sentencia por carecer de fundamentación válida. Vulneración al derecho de tutela judicial efectiva", expresa que la agravia que la juzgadora *a quo* haya omitido los fundamentos que expusiera en los ID 156120, ID 367840 e ID 927261, lo cual desvirtúa la validez del acto jurisdiccional. Indica que la sentencia tiene una fundamentación solo aparente, sustentada en afirmaciones dogmáticas, debiendo ser descalificada por arbitraria. Es por ello, dice, que se violenta la tutela judicial efectiva desde que su parte tiene el derecho a obtener una resolución legalmente fundada sobre la cuestión planteada. Efectúa citas de tratados de Derechos Humanos, la Constitución Provincial y jurisprudencia vinculada, a todo lo cual me remito por razones de brevedad. Efectúa reserva de caso federal. Finalmente, en el petitorio de estilo, solicita que se revoque la sentencia

apelada en lo que fue materia de agravios dejando sin efecto la imposición de costas a su parte e imponiéndola a la citada en garantía en ambas instancias.

La tercera citada en garantía responde a los agravios de la parte actora manifestando que muchos de ellos resultan reiterativos, empleando un lenguaje propio de los recursos extraordinarios y no de un recurso de apelación. Señala, con cita de jurisprudencia que individualiza, que la víctima -tercero- no tiene legitimación para pretender la nulidad de una cláusula del seguro por abusiva ya que no es parte del contrato de seguro. Refiere que la jueza de grado se expidió sobre la validez de la cláusula CG-RC 2.1.17, al señalar que ella se trata de un riesgo no cubierto, un no seguro. Afirma que la cláusula de exclusión resulta clara y no deja dudas interpretativas, que el contrato de seguro es de adhesión siendo ello una característica y no un defecto del contrato, señalando los supuestos ejemplificativos de cláusulas abusivas. Apunta que el cuestionamiento que efectúa la recurrente la llevan a la conclusión de que toda cláusula limitativa o excluyente del seguro contraría la Constitución Nacional, pero advierte que el riesgo resulta ser el objeto del contrato de seguro, en tanto el interés asegurable es su causa y su descripción en el contrato se realiza mediante una inicial determinación genérica, para luego específicamente delimitarlo de manera positiva (afirmando qué eventos futuros posibles, de probable realización, serán aquellos que, de verificarse, impondrán obligacionalmente que la aseguradora pague la prestación comprometida) y negativa (exponiendo los eventos que, no obstante estar comprendidos en la determinación genérica y de alguna manera en la delimitación positiva, no serán considerados “en ese contrato” como riesgo asegurado). Concluye que el hecho de que se asegure un riesgo no significa que este no pueda ser materia de delimitación y suponer que, por tal motivo, las cláusulas de exclusión son abusivas. Señala que la parte actora apelante se limita a decir que por privar de una indemnización íntegra, adecuada y suficiente, con cita del art. 17 de la CN y por aplicación de lo que dispone el art. 37 de la LDC y 42 de la CN, debió tenerse por no convenida. Advierte que la cláusula de exclusión en el caso, no desnaturaliza la obligación de la aseguradora ni limita la responsabilidad por daños, sino que se trata de un no seguro, por no estar comprendido entre los riesgos cubiertos. Indica que la oponibilidad de los términos del contrato de seguros a terceros damnificados fue establecida por la Corte Federal en los casos “Flores” y “Buffoni” y mantenida en subsiguientes fallos que individualiza. Señala que se consideró que los contratos tienen efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Añadiendo que no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador. Observa que la ley de seguros es una ley especial y que no se ve modificada por las normas generales del C.C. y C., indicando que precisamente la cláusula de exclusión

cuestionada remite en lo pertinente a lo contemplado por el art. 509 de dicho cuerpo. Refiere que la recurrente insiste y reitera que por el hecho de tratarse la póliza de seguros de un contrato de adhesión la juzgadora debió declarar la cláusula de exclusión como no válida de acuerdo al art. 989 del Código Civil y Comercial. Rememora que dijo que el ser por adhesión es una característica y no un defecto del contrato. Con respecto al art. 68 de la Ley de Tránsito, que establece la obligatoriedad del seguro que cubra los daños a terceros, no implica que la cláusula de exclusión es abusiva e ilegal. Vuelve a citar el caso "Flores" de la Corte Federal en el que se declaró la validez del límite de cobertura establecido en el contrato de seguro obligatorio automotor. Con respecto a que se postula que se violentan los derechos del niño y el principio de su interés superior, nuevamente manifiesta que en el caso "Flores" la Corte Federal se estableció que la función social del seguro no implica que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin tener en cuenta las pautas del contrato que se invoca, por lo que la pretensión que la función social es un concepto amplio e indefinido tiene su límite en el contrato o sea la póliza de seguro que se aplique al caso. Expresa que no hay ninguna disposición legal que establezca que en caso de ser un niño la víctima de un accidente deba prescindirse de la aplicación del derecho. Finalmente, con relación al art. 56 de la LS, señala que el tomador o derecho habiente debe denunciar dentro de los tres días de acontecido el siniestro y debe suministrar la información necesaria para la aceptación o rechazo del siniestro. De allí, indica que es el tomador quien debe notificar el siniestro a la aseguradora y no cualquiera. Arguye que de otro modo el solo hecho de tomar conocimiento por difusión periodística, tornaría necesario el pronunciamiento previsto por el art. 56. Sostiene que la postura de la parte recurrente contraría la norma citada. Señala también que cuando el asegurado anotició de la demanda a la compañía, única notificación del siniestro, ésta se pronunció por su rechazo inmediato según consta en la causa. Agrega que en los casos de "no seguro", que excluye la responsabilidad de la aseguradora, no es necesaria tal notificación. Cita antecedentes de esta Cámara de Apelaciones. Observa que, como lo indicó la juzgadora de grado, el art. 56 de la LS solo rige en casos de caducidad no así de no seguro. Deja planteada la apelación implícita en el supuesto de que se haga lugar al recurso planteado por la parte actora respecto a las defensas oportunamente planteadas al responder a la demanda relativas a los montos y procedencia de los rubros demandados, como a la influencia causal de falta de uso del cinturón de seguridad en el hecho sufrido por la víctima, lo cual a su criterio produce la ruptura total del nexo de causalidad.

III.- Por razones de orden lógico corresponderá examinar en primer lugar los agravios planteados por la parte actora, para luego hacerlo con el que formulara la parte demandada.

Asimismo, en los límites provistos por el contenido de los agravios, estimo menester señalar que los agravios enumerados del uno al quinto corresponde que se los examine en

conjunto dada su estrecha vinculación. Ello así, toda vez que se dirigen a poner bajo cuestión, aún cuando desde distintas perspectivas, la validez de la cláusula de exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora citada en garantía en sustento de su defensa de falta de legitimación pasiva -no seguro-.

Apelación de la parte actora:

Como se adelantara *supra*, corresponde ingresar al tratamiento conjunto de los agravios del numeral 1), 2), 3), 4) y 5).-, atento a su estrecha vinculación.

La juzgadora de la anterior instancia expuso como fundamento para hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa aseguradora demandada "S. C. de S. L." lo siguiente, a saber: *"...la aseguradora no desconoció que suscribió un contrato de seguro automotor con el coaccionado J. H., pero opone en cuanto al progreso de la acción la cláusula N° CG-RC 2.1., 17 de la póliza que dispone como causal de exclusión: "..el asegurador no indemnizará los daños sufridos por... 17...y los parientes del asegurado y/o conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad..."* (Sic)(fs. 138). *En este sentido surge de la pericia contable en extraña jurisdicción confeccionada por la Contadora M. P. F. Z. (fs. 310/331) y de la compulsa de la póliza, el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura (fs. 314 vta. Puntos 7, 8 y 9)...";* agregando más adelante, con apoyo en cita doctrinal que individualiza lo siguiente, a saber: *"...De conformidad a ella los terceros transportados que tengan relación de consanguinidad o afinidad con el asegurado se encuentran excluidos de cobertura. Al respecto, exclusión de cobertura no importa otra cosa que lo que esta misma denominación indica: un riesgo no cubierto; una no garantía del mismo por cuanto no fue objeto del contrato de seguro; en definitiva, un no seguro, por cuanto el que existe no cubre, ni previó el siniestro acontecido..."* (Sic)(Ver: considerando, anteúltimo párrafo de fs. 501 vta., y segundo de fs. 502).

A continuación citó los fallos "Flores" y "Buffoni" de la Corte Federal por los que se estableció la oponibilidad de los términos convenidos en la póliza de seguro de responsabilidad civil a los terceros damnificados reseñando los argumentos de tal doctrina judicial y aludiendo a otros fallos jurisprudenciales vinculados al tópico bajo examen.

En tal marco de cuestiones, resulta menester comenzar por observar que efectivamente, al establecerse el contenido del contrato de seguro se efectúa la mención del riesgo genérico a cubrir y, luego, se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada. Esta determinación del riesgo tiene lugar sea por vía normativa o por cláusulas contractuales insertas en las pólizas de seguro. De manera tal que, tal como lo expresara la juzgadora de grado, los supuestos de exclusión forman parte de la determinación del riesgo, lo que significa que, al momento del perfeccionamiento de aquel, deben identificarse los hechos (antecedentes) que puedan "realizar" el riesgo y, con ello,

generar la obligación principal a cargo del asegurador. Ello motiva la necesidad de delimitar el riesgo, que implica precisarlo, esto es, fijar con más detalle cuáles son los límites a los que se hallan sometidos los derechos y obligaciones de las partes ante el evento concreto.

En tal sentido, la determinación resulta de un procedimiento que permite distinguir dos fases: a) la individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (responsabilidad contra terceros damnificados por el uso del automotor; incendio, robo, etc.); y, b) la delimitación del riesgo, que resulta de la fijación de los límites concretos a ese riesgo genérico, y tiene lugar a través de dos modalidades, a saber: I) aquella que en su descripción del riesgo enuncian hipótesis limitadas que, aunque formuladas de manera positiva implican, por sus propios límites, una demarcación del riesgo genérico (por ejemplo: seguro de la responsabilidad por daños causados a terceros por un automotor determinado); y, II) las que mencionan situaciones que son colocadas fuera de la cobertura y que por ello sustraen determinados casos del amparo genérico. Su función es negatoria (toda vez que niegan cobertura a los supuestos a los que se refieren) y contribuyen, junto con las primeras a fijar los límites concretos del riesgo.

Una particularidad que estimo relevante poner de resalto es que tales cláusulas tienen un contenido que muestra cierta peculiaridad, dado que no atribuyen directamente derecho ni importan obligaciones, sino que su función consiste fundamentalmente en describir el ámbito dentro del cual el seguro brindará cobertura. Son esencialmente descriptivas, marcando el área de aseguramiento mediante la mención de inclusiones y exclusiones, definiendo el marco operativo del contrato. Y dada su función descriptiva aparecen con un marcado carácter de objetividad, acentuado por la circunstancia de tratarse de cláusulas cuyo diseño y contenido está íntimamente vinculados a la técnica aseguradora (especialmente lo relativo a la probabilidad siniestral o hipótesis estadística formulada).

Así, entonces, las exclusiones de cobertura describen hipótesis o circunstancias en las cuales –ocurrido el siniestro- se hallan fuera de la garantía asegurativa; las que pueden variar en su contenido, según consideraciones de naturaleza subjetiva, objetiva, temporal y espacial. Consecuentemente, dichos supuestos son un enunciado de hipótesis que están dentro del contrato —con mayor rigor, incluidas en la póliza—, como supuestos no idóneos para hacer funcionar la garantía asegurativa. O dicho de otro modo, se trata de un elenco de supuestos descriptos y predispuestos por el asegurador en los que se "acuerda" que no afrontará a favor del asegurado las consecuencias económicas de realizarse el supuesto de hecho que las define.

En síntesis, pues, las exclusiones de cobertura como la contemplada en la cláusula CGRC 2.1 de la póliza N° X., ref: 5248716 (obrante a fs. 163/176), la cual responde a lo

previsto por la Resolución 39327/2018 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Ver: anexo II, cláusulas CG-RC 2.1, apartado 17.1), constituyen uno de los supuestos de delimitación del riesgo asegurado, por el cual, de manera negativa, se establece la hipótesis de no seguro, donde el asegurador no toma a su cargo las consecuencias dañosas de la ocurrencia del siniestro.

En la especie, además, se trata de una causal de exclusión subjetiva circunstancial (ser cónyuge, conviviente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad del asegurado o del conductor). Y digo que dicha exclusión es subjetiva puesto que el vínculo o parentesco se trata de una circunstancia excluyente que, si bien es ajena a la conducta del asegurado, puede dar lugar a posibles connivencias entre víctima y asegurado. Y se denomina doctrinalmente a este tipo de exclusión de cobertura como "circunstanciales", en tanto contienen aquellos presupuestos de hecho del caso de no seguro que configuran una mayor probabilidad de producción de un siniestro. Son circunstanciales en tanto no se refieren a la persona asegurada, a la naturaleza del evento, al tiempo o al espacio en los que rige la cobertura, sino a una circunstancia cuya existencia determina, de acuerdo a lo convenido por las partes, la falta de cobertura.

En todo caso se ha dicho con criterio que comparto, en punto a las exclusiones de cobertura, que éstas deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata. Ello se logra cuando en su diseño final existe un análisis económico que sirve de sustento al funcionamiento del sistema en función de la probabilidad o intensidad del riesgo asegurado. Es por lo que, previo a la delimitación del riesgo asegurado, existe un análisis económico que sirve de sustento para el funcionamiento del sistema. En tal sentido se explica que el monto de la prima no surge de manera arbitraria sino que su determinación obedece a elementos técnicos. El seguro técnicamente se basa en un cálculo de probabilidades. La probabilidad matemática constituye una relación entre el número de chances de realización de un evento sobre el número de casos posibles. De allí, es dable advertir que el riesgo y la prima son elementos del seguro recíprocamente condicionados de modo que, el monto de ella es un buen índice para precisar el riesgo efectivamente cubierto. De manera que uno de los factores que determina la prima es, precisamente, el riesgo asegurado y el plazo por el que se lo asume, estableciéndose una ecuación jurídico-económica, por la que el asegurador analiza los riesgos en lo que hace a su grado de probabilidad, intensidad, frecuencia, dispersión y, en función de esos resultados, realiza una evaluación de los mismos. De esta forma, el método estadístico facilita la determinación anticipada del costo de la prima que afronta cada integrante de la mutualidad, de manera tal que la contribución de cada uno sea suficiente en miras a la satisfacción de la necesidad sufrida, de modo de mantener un necesario equilibrio que haga posible el desarrollo del sistema (Conf.: Halperín, Isaac, "Lecciones de Seguros", Ed.

Depalma, año 1993, pág. 29; Barbato, Héctor N., “Exclusiones de cobertura en el contrato de seguro”, E.D., 136-547 s.s.).

De modo que, las exclusiones no deben erigirse en supuestos formales, en preceptos rituales vacíos de contenido razonable y su razón de ser debe centrar en la configuración del riesgo asegurable, cuyo diseño final se efectúa en función de la probabilidad e intensidad de la ocurrencia del siniestro. De modo tal que si la aplicación de dichas exclusiones no se ajusta a dicha finalidad, se estará privilegiando lo formal por sobre lo sustancial, lo instrumental sobre lo esencial (Ver: Soto, Héctor Miguel, en “Cargas del asegurado y exclusiones de cobertura. Su misma naturaleza jurídica”, en RCyS 2014-II211, TR LALEY AR/DOC/3769/2013).

Como consecuencia de todo lo cual, se deriva, en mi opinión, que las exclusiones de cobertura –sobre todo las subjetivas vinculadas al azar moral y las circunstanciales por su frecuencia- deben considerarse “prima facie” abusivas, máxime si no se invocare y probare, en el caso que se invoque o se oponga como defensa de “no seguro” (Conf.: art. 381 del C.P.C.C.), que tienen influencia significativa sobre el estado del riesgo, sobre el grado del riesgo moral o sobre los costos de contratación, liquidación y verificación del siniestro, o sobre la extensión de la prestación de la entidad aseguradora en caso de siniestro o, en general, sobre la situación de la entidad aseguradora empeorándola (Conf.: Soto, Héctor Miguel, “Cargas, caducidades y exclusiones de cobertura en el contrato de seguros”, en L.L. 2004-D, 1167 o TR LALEY AR/DOC/133272004; id., Barbato, Nicolás, “Determinación del riesgo y exclusiones de cobertura”, Ed. Hammurabi, año 2001, coordinador, en “Derecho de Seguros”, libro en homenaje a Juan Carlos Félix Morandi; id., Sobrino, Waldo, en “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, 2ª ed., año 2018, T. I, pág. 267 y s.s., punto 7.4.2; ídem, Reston, Ángel, “Consideraciones prácticas acerca de las cláusulas de exclusión de cobertura”, L.L. 2007-B, 911, cita T R LALEY AR/DOC/660/2007).

En tal marco genérico de consideraciones abro un breve paréntesis para advertir que le asiste la razón a la parte actora recurrente con respecto a que ciertamente omitió la juzgadora atender debidamente al planteo que efectuara al tiempo de responder a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora citada en garantía con sustento en el “no seguro” como consecuencia de la aludida cláusula de exclusión-. Y, tal falta de escucha no resulta indiferente en la consideración del tópico bajo examen.

Rememoro que básicamente en dicho planteo -realizado mediante ID 156120, obrante a fs. 158/161 y vta.-, la parte actora hizo hincapié de la hoy ineludible perspectiva que corresponde afrontar para el análisis de supuestos como del que se trata en este caso, desde la cual no puede ser sorteada la indudable incidencia de las normas de protección al consumidor. Este enfoque, estimo, le era impuesto, no pudiendo soslayar la juzgadora de

grado realizar aunque más no sea una mínima referencia o consideración a su respecto para la correcta resolución de esta puntual cuestión controvertida. Es que, una somera revisión del tópico le hubiera permitido avizorar que el Derecho del consumidor es una disciplina estatutaria que regula derechos de rango constitucional (Conf.: art. 42 de la C.N.), de la que el derecho de seguros indisputablemente no es ajeno (Ver: Caramelo, Gustavo, en “La constitunalización de los derechos del consumidor", en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, Ed., La Ley, año 2011, dirigida por Picasso-Vázquez Ferreyra, T. III, pág. 43 y s.s.; id., Gregorini Clusellas, Eduardo I, “El seguro y la relación de consumo”, en La Ley del 04/02/09; ídem, Compiani, M. Fernanda, “El contrato de seguro y la protección del consumidor”, en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, Ed. La Ley, año 2009, dirigida por Picasso y Vázquez Ferreyra, T. II, pág. 431 y s.s).

En el art. 3° y 65° de la Ley 24.240/1993 –en su texto original-, cuya sanción precedió la reforma constitucional del año 1994, ya se establecían pautas para así entenderlo, desde que contempló la concurrencia, integración y prevalencia de sus normas con todo el ordenamiento jurídico y, también, la regla interpretativa del ” in dubio pro consumidor”, marco normativo cuya correcta lectura e inteligencia se precisó y ratificó aún más con el texto vigente a partir del texto actualmente vigente -sustituido por ley 23.361/08-. Nótese que el citado art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor, con la reforma por la citada ley 23.361, más allá de incorporar el concepto de relación de consumo, en consonancia con su incorporación en el citado art. 42 de la C.N., explícitamente estableció que *“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”* (Sic). Es más, a partir de la unificación de los Códigos puede reafirmarse que se ratificó de manera explícita la posición doctrinaria y jurisprudencial que así lo consideraba, estableciendo sin mayor lugar para dudar, en lo que aquí interesa, que la normativa de protección al consumidor se aplica a los seguros (Ver: Piedecasas, Miguel A., en “Consumidor y seguros”, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario “Eficacia de los derechos de los consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2012-1, pág. 157 y s.s.).

Nótese en tal sentido que el art. 5 de la Ley 26.994 prescribe que las leyes que integran y complementan o se encuentran incorporadas al anterior Código de Comercio mantienen su vigencia como leyes complementarias al Código Civil y Comercial de la Nación. De manera tal que, por un lado la Ley de Seguros es una ley complementaria del C.C. y C. y, por el otro lado, resulta claro que todo el esquema legal y plataforma jurídica del Derecho de Seguros, se sustenta y fundamenta en el Código de fondo vigente de aplicación en la especie.

Ello implica, por un lado, que las víctimas de un accidente de tránsito se encuentran abarcadas dentro del concepto de consumidor equiparado como sujeto de protección en tanto si bien no son parte del contrato de seguro son los beneficiarios finales del servicio asegurativo desenvuelto mediante el mismo integrando de tal manera la relación de consumo a la cual alude el art. 1, 2º párrafo, 1ª parte, de la Ley 24.240 y, concordantemente, el art. 1092 del C.C. y C.; y, en segundo lugar, que todas las pautas relativas a los contratos de adhesión y de consumo son de estricta aplicación a los contratos de seguros (Conf.: Sobrino, Waldo, en "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, 2ª ed., año 2018, T. I, Cap. IV, pág. 275/295, Cap. VII, pág. 405 y s.s., y Cap. VIII, pág. 428 y s.s.; id, Piedecasas, Miguel A., en "Seguro obligatorio automotor", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2010, Cap. III, pág. 73 y s.s.; ídem, Pagés Lloveras, Roberto "El derecho del consumidor y los contratos de seguros", en L.L., del 07/10(2014, pág. 7; ver también: Alferillo, Pascual E., "La función del juez en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor", en L.L., del 2-7-2009; Rosatti, Horacio D., "La relación de consumo y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el art. 42 de la Constitución Nacional", publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario "Eficacia de los derechos de los consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2012-1, pág. 77 y s.s.).

A partir de tal plafón normativo que, como vengo exponiendo, es de aplicación al supuesto de autos, debe ser recordado que rige la pauta de interpretación que establece el art. 37 de la Ley 24.240, en consonancia con los arts. 1094, 1095 y concordantes del C.C. y C., sobre todo merced a las especiales características de la cláusula de exclusión invocada en el presente caso. En esta dirección repaso que la cláusula de exclusión subjetiva opuesta por la aseguradora requiere de alegación y prueba de las características y fundamentos que la sustentan tal como fuera individualizada más arriba (esto es, que no depende de una conducta del asegurado por ende, no constituye carga de actuación positiva o negativa alguna, sino que se apoya con referencia al *"Moral Hazard" o también llamado riesgo moral*, es decir, la posibilidad de que se produzca un fraude del asegurado en perjuicio de la compañía de Seguros, cuya ocurrencia naturalmente debe ser invocada y demostrada), y/o su perfil circunstancial (en tanto ha de tratarse de un hecho que descarte el riesgo por su intensidad o frecuencia, que también, como ya lo he dicho antes, se encuentra supeditado a su invocación y prueba).

Con vinculación a esto último, no omito observar que la aseguradora al responder a los agravios de la parte actora invoca la aplicación de la doctrina de la Corte Federal establecida en los casos "Flores" y "Buffoni", señalando el carácter especial del contrato de seguro en cuanto tiene un carácter "tuitivo" del patrimonio del asegurado por lo que postula que no corresponde intentar extender dicho carácter a las víctimas más allá de lo convenido por las partes (asegurado y asegurador) por cuanto ello pondría en riesgo todo

el sistema de seguros (Ver: escrito contestatario de los agravios, 2º párrafo de fs. 538). Sin embargo, al respecto, estimo que no puede ser soslayado el hecho de que el seguro de responsabilidad civil obligatorio de automotores, incorporado a través del art. 68 de la Ley 24.449, produjo un notoria variación en la consideración de cuál es el fin tuitivo que persigue este particular y específico seguro. La primera distinción que corresponde realizar es precisamente su carácter obligatorio, es decir, no es el típico contrato de seguro voluntario en el que se persigue -sin lugar a dudas- la indemnidad patrimonial del asegurado titular del interés asegurable. Al contrario, en el seguro de responsabilidad civil obligatorio de automotores la finalidad es la protección de las víctimas de accidentes de tránsito -sean transportadas o no-, quienes de tal modo, son las que titularizan el interés asegurable que es el objeto de protección. Esto importa imbuir al seguro de responsabilidad civil de una función social que trasciende a la tradicional función de previsión del seguro privado voluntario.

A partir de esta concepción la afirmada falta de legitimación de la víctima de un accidente de tránsito entiendo que no es compartible. Ello así, en tanto que la víctima del accidente de tránsito debe ser reconocida como destinataria final del contrato de seguro obligatorio automotor, toda vez que personaliza la figura del consumidor equiparado y, por ende, partícipe de la relación de consumo en los términos contemplados por los citados arts. 1 de la Ley 24.240 y 1092 del C.C. y C., sino que, además, si se atiende lo preceptuado por el art. 68 de la Ley 24.449, norma que indica a la víctima como la beneficiaria directa del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores, resulta extremadamente difícil postular válidamente que no cuenta con legitimación para pretender la nulidad de la cláusula de exclusión de cobertura puesta bajo cuestionamiento, tal como lo plantea la aseguradora al responder a los agravios. En otras palabras, el seguro obligatorio automotor tiene por finalidad resguardar a la víctima, lo que hace imposible sindicarla como simple tercera ajena a la contratación (Conf.: Groppo, Patricio Gustavo, Jaramillo, M. Ignacio y Jaramillo, Mario Emilio, en “Seguro Obligatorio Automotor.
La víctima de accidente de tránsito como parte contractual”, en Revista de Derecho de Daños “Seguros”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2021 – 3, pág. 391 y s.s.; Sobrino, Waldo, en “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, 2ª ed., año 2018, T. I, Cap. VIII, pág. 425 y s.s., también Cap. XII y XIII, pág. 939 y s.s.).

Agrego que la referencia a las pautas que rigen los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y los contratos de consumo, lleva el análisis hacia la verificación de la cláusula de exclusión bajo examen para evaluar si es válida, conforme a los parámetros de razonabilidad y no desnaturalización de los términos del contrato; la satisfacción de la carga de la prueba de los hechos en la que se sustentaría dado sus características ya enunciadas antes y a su interpretación en contra del pre-disponente, todos

los que, tal como lo propugna la parte actora impugnante, no se encuentran satisfechos en el presente caso (Conf.: art. 37 de la ley 24.240; arts. 1, 2, 12, 987, 989, 1095, 1117, 1119 y 1122 del C.C. y C. de la Nación).

En este sentido con directa relación a la cláusula de exclusión de cobertura bajo análisis, tal como fuera individualizada antes, se ha expuesto con criterio que compartiré en el presente caso lo siguiente: *"Las delimitaciones causales subjetivas se inspiran, casi siempre, en motivos morales o de orden público. Se trata de supuestos disciplinados por normas imperativas o relativamente imperativas y se fundan en consideraciones vinculadas a la circunstancia de que, en ocasiones, proceden de una conducta ilícita (dolo del asegurado) o en la acentuada intensidad de la culpa incurrida (culpa grave del asegurado) o en la ilicitud de la actividad del asegurado. Sólo contra él rige la exclusión de cobertura. En consecuencia toda limitación que, por condición general, extienda el "no seguro" a otra persona distinta del asegurado (un familiar o un dependiente), importa una cláusula abusiva en tanto amplía inequitativamente los derechos del asegurador y restringe los del asegurado"* (Sic) (Conf.: Stiglitz. Rubén S., "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Control administrativo previo. Control judicial", en Revista de Derecho Privado y Comunitario "Seguros – I", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1999, T. 19, pág. 13 y s.s., punto XI).

Pues bien, hete aquí que la cláusula bajo análisis excluye la cobertura sólo por el vinculo conyugal o de conviviente y el parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado lo cual, a mi ver, resulta no solo inequitativo sino que, además, desnaturaliza la finalidad social de protección a terceros damnificados que es connatural al seguro de responsabilidad civil obligatorio del automotor (Conf.: art. 68 de la Ley 24.449).

Y tal conclusión que se adelanta, no encuentra óbice en la circunstancia de que la Resolución 39327/2018 de la Superintendencia de Seguros de la Nación en su cláusula 6ª, apartado f.1) de su Anexo I, establezca que no existe cobertura respecto de los daños que sufran el conyugue o integrante de la unión convivencial en los términos del Art. 509 del C.C. y C., y los parientes del asegurado y/o conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. Es que, en mi opinión, en principio, la citada autoridad de aplicación en la materia se extralimitó en su potestad de reglamentación que el art. 68 de la Ley 24.449 le delegara, desde que limita aquello que la norma legal contempla, esto es, que el seguro debe proteger a las víctimas que sean transportadas y las no transportadas. Tal tesitura no obsta a que puedan las partes incluir dentro de la póliza cláusulas de exclusión de cobertura como la de marras, empero, incluida este tipo de exclusión de cobertura –del tipo subjetiva circunstancial-, su alcance y posible admisión siempre se encontrará supeditada, en cada caso que se presente a la consideración jurisdiccional, a que se invoque y se acredite que concurre alguno de los fundamentos que la pueda sustentar a

los efectos de verificar si se torna en abusiva en el marco legal de protección que rige para los contratos de adhesión y/o de consumo para la contratación masiva o no paritaria previsto por el Código de fondo.

Respecto a los mentados fundamentos para sustentar esta específica exclusión de cobertura se ha dicho que son dos. Uno formal y otro que se indica como el motivo real de la exclusión. El formal es el ya indicado "Moral Hazar" (o riesgo moral), es decir, la posibilidad cierta que el propio asegurado pretenda realizar un fraude a la compañía de seguros. Este es un supuesto de difícil realización siendo que, para poder concretarlo, se debería lesionar o matar al conyugue, conviviente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad - que involucra, por ejemplo, a hijos y/o sobrinos-, para poder cobrar la prestación a cargo de la aseguradora. Bien se advierte que de tal manera se determina que todos los accidentes de tránsito en los que se dañen tales terceros transportados (conyugue o conviviente, o un pariente hasta el 3° grado de consanguinidad o afinidad), es debido a un fraude.

Tal posibilidad teórica implica incorporar una especie de fraude presumido de pleno derecho –es decir, que no admite prueba en contrario-. Comparto el señalamiento que doctrinariamente se ha realizado a tal supuesto fundamento por el que se expresa textualmente lo siguiente: *"…resulta absurdo y ridículo, que en una situación tan extrema (desde la perspectiva moral) y tan insignificante (desde el punto de vista cuantitativo), en la cual es asegurado tendría que asesinar a su propio hijo (u otro pariente), mediante una especie de "autocastigo" exista una exclusión de cobertura que presuma el fraude "iure et de iure" (…) Nótese lo incoherente de la situación, donde las Compañías de Seguros, previendo la hipotética posibilidad de un fraude (que en los casos concretos y en la experiencia, no conocemos absolutamente ningún caso -y, si los hubiera, serían insignificantes desde la perspectiva actuarial-), se establece en forma general y absoluta, que se encuentra excluidos de cobertura los parientes y cónyuge del asegurado."* (Sic)(Ver: Sobrino, Waldo, opus Cit., T. II, pág. 1190/1192, punto 3.19.4, letra a).

Lo dicho, sin perjuicio de apuntar que en los seguros de responsabilidad civil obligatorio del automotor, se ha expuesto que tal exclusión de cobertura choca con la expresa manda del art. 68 de la Ley 24.449, que ordena que exista un seguro obligatorio que cubra los daños de las víctimas que sea transportadas y no transportadas. A partir de lo cual se expresa con criterio que compartiré en el presente caso que "*No existe resquicio legal para que ni las Compañías de Seguros, ni la Superintendencia de Seguros de la Nación, puedan incluir una exclusión a dicha cobertura con referencia a los parientes." (Sic)* (Conf.: Aut., op. Cit., T. II, pág. 1194).

Por otro lado, bien se apunta como fundamento real, que asumir los daños a tales posibles víctimas terceras transportadas resultaría asumir un riesgo agravado por cuanto

importaría una mayor exposición al riesgo, de cuyas consecuencias se harían cargo las compañías aseguradoras con afectación de sus planes comerciales. Esto es, se quiere excluir a los parientes y al cónyuge del asegurado o del conductor porque son las personas que más viajan en el vehículo asegurado. Ahora bien, en los supuestos de seguros de responsabilidad civil voluntarios, esta característica de intensidad y/o frecuencia que opera sobre riesgo -para agravarlo o derechamente descartarlo para los seguros comerciales-, su cobertura es derivada al ejercicio de las facultades de negociación y posible acuerdo de las partes del contrato (según lo contempla la citada Resolución 39327/2018 SSN, Anexo II, CA-CO 3.1), obviamente debiéndose afrontar un costo extra. Es decir, es factible pactar otra cobertura adicional a la prevista como obligatoria para amparar a los parientes del asegurado. De allí, que doctrinalmente se haya expresado que *"El Endoso CA-CO 3.1 es casi un oxímoron, dado que es una contradicción en sí mismo, ya que si la cobertura de los parientes debe estar amparada en forma obligatoria de acuerdo a las mandas del art. 68 de la Ley 24.449, es que no puede pretender que se cumple con dicha obligación legal, a través de un Endoso Especial Voluntario (y que se tiene que pagar aparte)."* (Sic)(Conf.: Sobrino, Waldo, op. Cit., T. II, punto3.19, pág. 1187 y s.s.).

En resumen, pues, propiciaré al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada para tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1 en los términos contemplados por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, inc. a) y b) del C.C. y C.; y, como consecuencia de ello, dejar sin efecto el punto I de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia para ampliar la condena haciéndola extensiva "in solidum" respecto a la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.". Así lo voto.

6).-; y, 7).- En los agravios subsiguientes, los cuales se encuentran referidos, el primero de los numerados, a la aceptación del siniestro en los términos del art. 56 de la LS, por omisión de la aseguradora de pronunciarse en el plazo legal de caducidad contemplado en dicha norma; y, el segundo, a la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, adelanto que, en atención al modo en que me pronuncio respecto de los agravios precedentes, ambos han devenido en vacios de contenido.

En razón de ello, me eximiré de pronunciarse sobre tales tópicos. Así lo dejo propuesto al acuerdo.

IV.- Apelación implícita:

La citada en garantía "S. C. de S. L.", plantea en subsidio, para el caso que se hiciera lugar a la impugnación deducida por la parte actora, que se atiendan las defensas que opusiera oportunamente con relación a los montos y procedencia de los rubros demandados, como así también, con relación a su planteo referido a la influencia causal de falta de uso del cinturón de seguridad en el hecho en el que sufriera los daños la víctima.

En punto a ello es relevante observar que el asegurado, Sr. J. H. F., codemandado en autos, no impugnó la condena en su contra. Por lo cual, el fallo adquirió firmeza a su respecto al haberlo consentido, adquiriendo cualidad de cosa juzgada. Lo señalado trasciende en la consolidación de los derechos patrimoniales de la parte actora consistente en el crédito indemnizatorio reconocido en su favor. Como consecuencia de lo cual, impuesto me veo en la necesidad de realizar las siguientes consideraciones, a saber:

En primer lugar, para despejar todo posible titubeo o vacilación en cuanto a que corresponde atribuir la calidad de verdadera "parte" a la aseguradora. Y ello así, con indiferencia a que su intervención fuera provocada por su asegurado o por demanda directa de la parte actora, en tanto que en ambos supuestos es traída al proceso para que asumiera su obligación contractual de cobertura por los daños provocados en un accidente de tránsito en los términos contemplados por el art. 68 de la Ley 24.449. Lo puntualizo así, toda vez que tal calidad de parte importa reconocer su legitimación autónoma para impugnar el fallo de condena independientemente que su asegurado lo consienta, merced a que éste fallo condenatorio opera como concreción del riesgo previsto en el contrato de seguro.

Destaco que en casos análogos al presente, donde ya se trazara este posicionamiento que seguidamente esgrimiré, se negó legitimación autónoma para apelar a la aseguradora llamada al proceso en garantía. Ello así puesto que, claramente para mí, conforma con su asegurado un litisconsorcio pasivo facultativo, independientemente de la oportunidad, modo, o bien, a instancias de quién concurre la empresa aseguradora como tercera citada en garantía (Conf.: Morello, Augusto Mario y Stiglitz, Rubén A. "Naturaleza del litisconsorcio conformado por asegurado y asegurador en la pretensión deducida por el damnificado" en J.A. 1991-III-711).

Reitero, resulta indudable la potestad impugnativa autónoma que ostenta la aseguradora partícipe del proceso en garantía. Máxime en el presente caso en el que se trata de un seguro obligatorio de fuente legal que cuenta con una causa fin social, cual es, la cobertura de los daños que pudieran sufrir los terceros damnificados por un accidente de tránsito. Es que, participo del entendimiento que pregona que tal legitimación resulta indiscutible si se atiende a que la aseguradora -insisto- es verdadera parte en el proceso. Y, como tal, cuenta con todas las facultades que le son propias a la parte. Por lo demás, tal tesitura ha sido seguida desde siempre por la Corte Federal (Conf., entre otros, C.S.J.N., 27-11-90, in re "Lanza Peñaranda, Ruth A. C/ Transportes Quirno Costa S.A. y otros", en J.A. 1991-II-312; en igual sentido, CN.Civ., en pleno 23-9-91, in re: "Flores, Oscar J. C/ Robazza, Mario O.", en J.A. 1991-IV-464; ídem., CSJMendoza, Sala I, 1-4-92, "Cía. de Seguros del Interior S.A en J: 94.086 Patricio Palmero S.A. c/ Cía. de Seguros del Interior S.A.", E.D. 147-171).

En aquello en lo que me he diferenciado con respecto a la postura de mis colegas de sala, es en cuanto a la materia que puede integrar útilmente el contenido del interés que nutre y da posible contenido al agravio que se formule en pretendido sustento de la impugnación que deduzca autónomamente la aseguradora.

Ello claro está, compaginado con la proyección de los efectos del buen éxito que pudiera lograr su impugnación deducido por ante la alzada, con relación al asegurado quien no impugnó el fallo desfavorable y que, por tal razón, se encuentra firme en su contra-.

Es que, tengo dicho, en postura que reivindico y que sostendré en el presente caso, que el resultado eventualmente favorable del recurso planteado por la citada en garantía en esta alzada no podrá beneficiar al asegurado que consintió el fallo en ningún caso en virtud del principio procesal de congruencia y en resguardo del derecho de defensa y de propiedad de la parte contraria (Conf.: Arts. 17, 18 de la Constitución Nacional).

Lo dicho básicamente por cuanto, de obtener la citada en garantía -única litisconsorte pasiva que plantea la apelación implícita del fallo que torna operativa con motivo de la propuesta de extensión de la condena en su contra-, que se declare procedente su planteo impugnativo implícito, logrando que se revoque total o parcialmente el fallo apelado, no eximirá a su litisconsorte –codemandados asegurado y conductor- de la consecuencia derivada de haber consentido el fallo de condena emitido en su contra. Es que, como ya lo señalé antes, la firmeza de la sentencia conlleva la adquisición de la cualidad de la cosa juzgada, la que opera con relación a los codemandados, por la condena ejecutoriada a su respecto. Ello implica que éstos deban cumplir con la condena, independientemente del resultado favorable que pudiera obtener su aseguradora impugnante en esta alzada, lo cual -en definitiva- es lo que concreta el riesgo previsto en el seguro, dando lugar a que éstos adquieran el derecho a repetir lo pagado en virtud de la indemnidad patrimonial que le provee al asegurado -como finalidad secundaria del contrato de responsabilidad civil obligatorio automotor- la empresa aseguradora.

Es decir que, más allá del resultado favorable que pudiera obtener la citada en garantía con el recurso de apelación que dedujera, en la hipótesis que logre en la alzada que se la excluya –total o parcialmente- de la condena, igualmente, a la postre, deberá responder frente a su asegurado, no ya por la sentencia de primera instancia sino por la referida garantía de indemnidad patrimonial comprometida en el contrato de seguro.

Es que dicha prestación de indemnidad, de fuente contractual, por la que se obligara la empresa aseguradora ante el supuesto de acaecer el riesgo previsto en la cobertura (consistente en que el asegurado deba responder patrimonialmente por responsabilidad civil respecto a un tercero damnificado), se hallará incólume y vigente a pesar del buen éxito de su recurso.

Ello, claro está, salvo que se postulen en la alzada agravios por los que se pretenda lograr el reconocimiento de posibles supuestos de declinación de la garantía o de no seguro, tal como lo hiciera en el presente caso logrando que se declarara procedente su planteo de "no seguro" aunque, finalmente, sin buen éxito en esta alzada, al menos en mi voto.

Es decir, el reconocimiento de la legitimación autónoma para impugnar que se le reconoce a la aseguradora que es llamada al proceso para que haga efectiva la garantía de indemnidad patrimonial comprometida, no obsta a que se deba verificar los demás presupuestos que viabilizan, no ya su admisibilidad, sino el posible andamiento o procedencia del o los agravios que dieran lugar al ejercicio de la facultad impugnativa. Esto es, hay que indagar si en el caso bajo análisis concurre un real interés personal, que provea de apoyo a la aspiración perseguida con el recurso planteado, consistente en obtener la liberación de afrontar la condena que ya recae firme sobre su asegurado.

Dicho de otro modo, deberá concurrir un agravio personal de la tercera citada en garantía impugnante para postular por ante el tribunal de alzada. Este agravio o interés, debe observarse, no se encuentra desvinculado -en su ponderación- de la relación sustancial subyacente en virtud de la cual la aseguradora llamada a intervenir en el proceso en cumplimiento de su garantía deberá responder por la condena firme recaída en contra de su asegurado merced a la relación contractual que los vincula.

Es en tal porción del examen de la cuestión en la que es factible ubicar todos aquellos antecedentes en los cuales la sala B de esta Cámara de Apelaciones se viera dividida en las opiniones.

En algunos de los referidos antecedentes jurisprudenciales, se desestimó la existencia de un interés personal que sustente la impugnación deducida por la aseguradora citada en garantía y en otros se le reconoció contar con un interés personal que viabilizaba su recurso, en tanto su contenido reunía los elementos que lo configuran –refiero a los presupuestos de necesidad y utilidad, los cuales deben concurrir conjuntamente-.

Es que la inexistencia de un interés concreto y personal del que pueda derivar, de obtener el acogimiento de los agravios formulados por la empresa aseguradora recurrente, que finalmente sea excluida de la condena, veda lisa y llanamente la posible atendibilidad de sus planteos. Ello ocurre, de común, con los planteos impugnativos que desorbiten de aquellas defensas personales que pudieran hacer declinar o excluir su obligación contractual de cobertura de los daños patrimoniales que debe afrontar su asegurado, ello con motivo de la garantía de indemnidad que fuera asumida por ella. Paso a explayarme.

Ya Alsina nos recordaba que sin interés no hay acción y que el interés es la medida de la acción. El interés como requisito de la acción exige, en primer lugar, que la finalidad que el solicitante se propone lograr mediante el ejercicio de la acción no pueda ser alcanzada sino por medio de la sentencia judicial. Y en segundo lugar, que la decisión

judicial, en el caso de acceder a la pretensión, no mantenga a la parte que la ejerce en la misma situación o estado jurídico en la que se encontraba antes del interponerla (Conf. Alsina, H., "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Ed. Ediar, año 19565, T. I., pág. 393 y s.s.; íd, Arazi, Roland, en "Derecho Procesal Civil", Ed. Rubinzal Culzoni, ed. Año 1999, T. I, pág. 100; ídem, Loutayf Ranea, Roberto G., en "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, 2ª ed., año 2009, T. I, Cap. XIII, págs. 213 y s.s.).

Evidentemente el interés, que como presupuesto de la acción se viene indicando precedentemente, es también un presupuesto ineludible de cualquier recurso, no ya para el ejercicio de la potestad impugnatoria sino de su viabilidad formal (esto es: de admisión y no de procedencia) del recurso. Se ha dicho que como no hay acción sin interés, tampoco hay recurso sin agravio (interés). En verdad, la noción de interés o agravio reposa sobre dos pautas complementarias: su utilidad, más necesidad; esto significa que el recurso debe ser útil y, además necesario. Es útil si el quejoso obtiene o puede obtener una situación más ventajosa; y, es necesario, si el recurso es la vía apropiada e indispensable para alcanzar dicho éxito. Es que la verdadera causa del objeto de la apelación es el simple interés del pretendiente, entendido, en todo caso, como interés personal, objetivo y directo. Para apelar, pues, hace falta tan solo -pero indispensablemente- que exista la invocación de un interés personal por parte del recurrente. Si se da ese interés y es personal, objetivo y directamente admisible, la causa de la apelación debe considerarse existente, y, a la inversa, inexistente en el caso contrario (Conf. Guasp, op. Cit., T. 2, págs 742/743; Hitters, Juan C., "Técnica de los Recursos Ordinarios", Ed. Platense, año 1988, págs 45/46; Ibáñez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el proceso civil", Ed. Omeba, 3ra. Ed., año 1963, págs. 103/104).

Ahora bien, el punto a indagar en la especie, tal como ya se lo ha venido presentando desde el principio de este análisis, es el potencial provecho o beneficio que puede obtener en la alzada la aseguradora aquí recurrente en la eventualidad de que prospere su pretensión impugnativa implícita quien, como es de ver, sustentó su planteo en cuestiones diversas, referidas a los importes y procedencia de los rubros de la cuenta indemnizatoria y a la ruptura del nexo de causalidad por el hecho de la víctima damnificada.

Esto es, descarto que tales planteos puedan ser considerados un agravio personal implícito de la aseguradora recurrente –en cuanto que fueron defensas no tratadas en el anterior grado por haber sido admitida su defensa de falta de legitimación pasiva opuesta-. Es que, sea que se le dé o no la razón sobre los tópicos que involucra, ésta de todas manera deberá hacer frente concurrentemente a la condena de la que fue pasible el asegurado con motivo de que consintió el fallo. Y digo de tal manera, por cuanto debido a la indemnidad patrimonial –también comprometida- tendrá que hacer frente al crédito indemnizatorio que

pesa sobre su asegurado, no ya en razón de la condena –de la cual eventualmente de desligue total o parcialmente, de admitirse su planteo impugnativo implícito- sino en virtud del contrato de seguro que la liga al codemandado.

Adviértase, desde otra óptica pero con idéntica conclusión, maguer de lo antedicho, que desde la perspectiva procesal y en tanto se vincula con el objeto mismo de la obligación convencional asumida por la aseguradora apelante (Arts. 109, 116, 118 de la L.S.), corresponde también tener presente que, respecto a la aseguradora, la condena opera "in solidum", habida cuenta que su obligación de indemnizar por el daño al actor "concurre" por una causa distinta (causa de naturaleza obligacional, de fuente contractual) con relación a la obligación indemnizatoria que vincula a los partícipes del accidente (causa extra-contractual o de fuente legal), merced a lo cual, a los efectos de hacer frente a su obligación convencional "in totum" y desobligarse, honrando su débito indemnizatorio respecto del tercero damnificado en el accidente de tránsito y de "indemnidad patrimonial" del asegurado, comprometido con motivo de la condena firme de la que fuera pasible, deberá afrontar la condena -consentida y firme con respecto al codemandado asegurado-, en la medida del seguro contratado. Ello, sin perjuicio de que pudiera tener la razón en algunos de los puntos que integran las criticas con las que sustenta su apelación (Conf.: mis votos en S.D.C., Sala B, Nº 03/05, c. 19.027; id. S.D.C., Nro. 34/07, c. 22.213; id., S.D.C., Nro. 42/08, c. 22.607; íd., S.D.C., Nº 15/10, c. 756, íd., S.D.C., Nº 19/13, c. 43; íd., S.D.C., Nº 20/13, c. 488, id., S.D.C., Nº 42/08, c. 22.607, id., S.D.C., Nº 15/10, c. 756; id., S.D.C., Nº 19/13, c. 43, S.D.C., Nº 05/16, c. 508, entre otros, CAT).

Por lo demás, debe observado que el litisconsorcio pasivo conformado por el asegurado demandado y su aseguradora citada en garantía –sea que su participación hubiera sido motivada por la parte actora dirigiendo su demanda directamente en su contra, sea mediante la citación en garantía del asegurado demandado-, configura un típico litisconsorcio facultativo o voluntario, de manera que el resultado que arroje su impugnación por ante la alzada no habrá de beneficiar ni perjudicar a su litisconsorte (efectivamente es ésta la postura en la que se enrola la C.S.J.N –ver: fallo ya citado "Lanza Peñaranda c/Transporte Quirno Costa S.A.", J.A. 1991-II-312; y también la C.S. Mendoza, sala 1°, en fallo del 11/5/1992, en "Pérez Cassul c/Ovidio Peletay y otros p/ daños y perjuicios s/inconstitucionalidad", E.D. T. 153-568, ver nota de Lino Palacio y las réplicas de Wetzler Malbrán, R., en E.D. 154-1031 y Chiappini, Julio, en Ed. T. 154-1035).

Ello importa decir que opera plenamente en este supuesto el principio de personalidad de la apelación. Es decir, el recurso sólo beneficia a la parte que lo interpuso rigiendo en relación a los consortes facultativos, que consintieran el fallo en su contra, la consecuencia derivada de su libre disponibilidad del derecho.

En este sentido estimo ineludible transcribir las sabias y contundentes razones que expusiera Eduardo J. Couture, recordado y gran maestro procesalista, quien al analizar el principio de personalidad de la apelación expuso en apoyo de esta posición que se esgrime, lo siguiente: "*...No disminuye el prestigio de la solución la circunstancia de que aparezcan dos cosas juzgadas contradictorias: que mientras para B haya derecho de indemnización, A se vea privado de él. La razón no es tanto de carácter lógico como sistemático. Sus fundamentos se hallan esparcidos a lo largo de todos los principio del derecho procesal civil. En primer término, el principio de que la voluntad crea y extingue derechos. Quien consintió la sentencia de primera instancia, es porque la consideraba justa; el agraviado tenía dos cominos: consentir o apelar; si optó por lo primero, su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento. Una segunda razón emana del principio mismo de la cosa juzgada. Nada excluye en derecho la posibilidad de dos sentencia contradictorias; las propias evoluciones de la jurisprudencia demuestran que este riesgo es connatural con el concepto de cosa juzgada. Una tercera razón fluye del principio mismo de la apelación. El tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introducido; nada lo autoriza a cambiar la parte de la sentencia que desecha la demanda en lo que refiera a A si no ha mediado recurso de apelación a este respecto."* (Sic)(Conf.: autor Cit., en Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ed. La Ley, año 2010, pág. 334, nº 227) (Conf.: mi voto, en S.D.C., Nº 20/18, CAT).

La excepción al mencionado principio de personalidad de la apelación, cuál sería el efecto expansivo del resultado positivo o negativo del recurso, queda solo para el específico supuesto de concurrencia de un litisconsorcio necesario pues en éste, por su propia naturaleza, no se admite soluciones disímiles para los litisconsortes.

Empero en el litisconsorcio necesario, la extensión de los efectos del recurso no opera en virtud de la existencia de un hecho común sino en virtud de la propia naturaleza indivisible de la relación que vincula a los litisconsortes, en virtud de lo cual la sentencia solo será "útil" y eficaz respecto de todos ellos, de allí la necesaria integración de la litis con todos sus partícipes. Pero esta circunstancia es impuesta por la naturaleza indivisible o solidaria de la obligación y no por la existencia de un hecho común (el que, al menos en la especie, evidentemente tampoco resulta común).

Ahora bien, tal caracterización compartida no hace mella sino que, por el contrario, es la que da pábulo a la tesitura establecida por la Corte Federal, señalando que "*...la cámara está limitada por 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. 18 y 17 de la Constitución Nacional"*, añadiendo en vinculación al tópico explícitamente lo siguiente: *"..., al prescindir de esa limitación y resolver la liberación parcial de los codemandados que habían consentido la sentencia*

condenatoria, la cámara a quo ha causado agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad…" (Sic)(Ver: C.S.J.N., 27-12-96, in re: "Flores de Carrizo, Zulema Noemí c/Paulino Armando Carrizo y otro s/ Sumario", Fallos: 319:3363; id. C.S.J.N., in re: "Ávila, Lila c/Rodríguez Carlos e", Lexis N° 35000847).

Y traigo a colación todo lo dicho hasta aquí, por cuanto repito que la tercera citada en garantía apelante, de obtener en la alzada el acogimiento de su planteo -no así su exculpación- no podrá beneficiar al co-demandado asegurado sin afectar el debido resguardo del principio de congruencia, ni los efectos derivados de la cosa juzgada con la consiguiente proyección en cuanto a la afectación de los derechos constitucionales de defensa y de propiedad (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional) (Conf. C.S.J.N. 21-1076, L.L. 1977-B-397; en sentido análogo ver: C.S.J.N., 29/09/2009, in re: "Malizia viuda de Cecchini Norma Susana c/ La Buenos Aires New York Life Seguros de Vida S.A. s/ Cumplimiento de contrato", en Microjuris, MJJ50436; y, sobre todo, al ya citado precedente "Á., L. c/R. C. e", Lexis N° 35000847).

Apunto que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, al resolver el recurso extraordinario de casación planteado en los autos caratulados "S., N. F. c/ M. C., R. y Otros s/ Daños Perjuicios" (S.R.E., 48/2005), antecedente en el cual si bien desestima dicha impugnación extraordinaria por razones formales, encontró oportuno perfilar la distintas opiniones con relación al tópico, colocando en la palestra la diversidad de criterios existentes, exponiendo las diferentes posturas jurisprudenciales que se registran en relación al tema. En tal dirección, por caso, indicó y puso de resalto que hasta el año 1980, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires reconocía la legitimación para recurrir la sentencia condenatoria ante la alzada, con independencia de que hubiera quedado consentida para el asegurado, puntualizando que dicho alto tribunal de justicia luego cambio dicho criterio adoptando el que aquí se postula. Esto es, que si el asegurado consintió la sentencia resulta estéril el recurso autónomo de su asegurador (salvo que su apelación se sustentara en argumentos que postulen el no seguro o la exclusión de la cobertura), porque constreñido este último a cumplir con su obligación de indemnidad respecto del primero y al no ser litisconsorte necesario de aquél, el eventual e hipotético éxito de su recurso no beneficiaría al asegurado –y yo añadiría, tampoco beneficiaría al asegurador- (Conf.: C.S.B.A., 14/11/1995, in re: "Cardozo, Florentín v. Spell S.A.", L.L. Buenos Aires 1996-128).

En tal marco hermenéutico, entonces, los agravios relativos a la ruptura del nexo de causalidad por el hecho de la víctima (omisión de colocarse el cinturón de seguridad), a la procedencia y cuantía de los rubros de la cuenta indemnizatoria, no dan el indispensable contenido argumental que importe satisfacer un interés personal evocable válidamente en esta alzada por la aseguradora apelante (desde el punto de vista de su potencial eficacia o

utilidad, que es aquello que le da contenido o significación de un interés personal jurídicamente protegido.

En consecuencia, propongo desestimar la apelación implícita postulada por ausencia del indispensable agravio personal que habilite al tratamiento de la porción de su impugnación dirigida a cuestionar el nexo de causalidad y la procedencia o cuantía de los rubros de la cuenta indemnizatoria que fuera materia de condena. En virtud todo lo cual, me eximiré de emitir pronunciamiento alguno respecto a tales tópicos. Así lo voto.

V.- Apelación de la parte demandada:

El único agravio formulado centra en cuestionar el modo de imposición de las costas. Postula que no corresponde la atribución de las costas a la parte demandada por cuanto la pretensión resarcitoria prosperó parcialmente. Explica que en la demanda se pretendió condena por incapacidad sobreviniente, gastos de tratamiento, daño psicológico y moral. Señala que la sentencia hizo lugar a la incapacidad sobreviniente y al daño moral, rechazando el reclamo por gastos de tratamiento futuro y el daño psicológico. Reseña que, de tal manera, que de cuatro rubros peticionados se acogió a dos y de rechazo los otros dos, razón por la cual peticiona que se revoque la atribución de las costas imponiéndolas de manera más justa al resultado obtenido.

Efectivamente es verificable que al responder a la demanda se controvirtió puntual y concretamente la procedencia de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados por la parte actora en su demanda (Ver: punto VII, del escrito contestatario, obrante a fs. 116/118), prosperando finalmente el reclamo por incapacidad sobreviniente y por daño moral, desestimándose –en cambio- los rubros pretendidos por gastos destinados a tratamientos futuros y por daño psicológico (Ver: considerando de fs. 505 vta. “in fine/507).

Tal visualización de lo que fuera materia de controversia entre las partes -así reseñado- sirve para proyectar con mayor fidelidad, de acuerdo al resultado arrojado en la sentencia, cómo o en qué medida corresponde atribuir la calidad de vencedor o de vencido a las partes del proceso. Recuérdese que en el ordenamiento procesal de la provincia, las costas son el corolario del vencimiento, es decir, no se imponen como una sanción, sino simplemente para resarcir las erogaciones que ha debido efectuar una de las partes con el fin de lograr el reconocimiento de su derecho. Y en tal marco de entendimiento, tengo para mí, que el vencimiento se obtiene cuando una de las partes logra del órgano jurisdiccional la protección jurídica de sus pretensiones frente al adversario. Y, en el caso, aconteció tal como lo indicara la juzgadora de la anterior instancia, con la sentencia que declara la deuda de responsabilidad en cabeza de la parte demandada, en lo principal e independientemente de la cuantía de la condena que se le impone en virtud de ello, puede avizorarse que la parte actora resulta predominantemente vencedora en el pleito. Empero, también resultó

perdidosa en cuanto a la controvertida procedencia de dos rubros de su cuenta indemnizatoria originalmente pretendida (gastos de tratamientos futuros y el daño psicológico cuyos resarcimientos pretendiera).

En tal sentido ha dicho Lino Enrique Palacio, con criterio que vengo a compartir, que la parte vencida es aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Conf.: autor cit. en "Derecho Procesal Civil", T. III, pág. 369).

En igual inteligencia de la cuestión dada precedentemente se ha dicho que en materia de controversias que versan sobre reclamos indemnizatorios, las costas deben ser soportadas por el responsable del daño inferido, con abstracción de que las reclamaciones del perjudicado no hayan progresado íntegramente con relación a la totalidad de los rubros resarcitorios, ya que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión global del juicio y no por meros análisis aritméticos de las pretensiones y sus respectivos resultados (Conf. CNCom, Sala C, 21/9/92, E.D. 150-548; id. L.L. 1994-C-103 y E.D. 157-164, jurisp. cit. por Loutayf Ranea, Roberto "Condena en costas en el proceso civil", Ed. Astrea, 1ra. reimpresión, año 2000, pág.403, nota nro. 81; ver: Bracton, "Fundamentos de la condena en costas", L.L. 1998-F-138).

Y en tal dirección, debo insistir, la parte demandada ahora recurrente, obtuvo un pronunciamiento judicial adverso, en cuanto postuló y sostuvo en su defensa un posicionamiento absolutamente excluyente de toda responsabilidad y de modo subsidiario –si se quiere- cuestionó cada uno de los rubros indemnizatorios, de modo que puede predicarse sin hesitación alguna que ha resultado en el pleito la parte vencida –en lo principal de su posicionamiento defensivo-. Empero, cabe reconocerle a la parte demandada recurrente su calidad de parcial vencedora en los concretos planteos defensivos opuestos a la procedencia de dos de los rubros resarcitorios pretendidos en la demanda, habida cuenta que –lo repito-, más allá que prospera la demanda incoada en su contra, ella fue condenada a indemnizar por solo dos de los daños cuya reparación se pretendiera en la demanda.

Por las razones expuestas propondré, entonces, que se revoque parcialmente el fallo venido en apelación, para modificar el modo de imposición de las costas del anterior grado atribuyéndolas en un 70% a cargo de la parte demandada y el 30% restante a la parte actora, guarismos que, estimo, representan la porción de éxitos y derrotas mutuas obtenidas por cada una de las partes en dicha instancia (Art. 69 y 72 del C.P.C.C.). Así lo dejo propuesto al acuerdo que se resuelva.

VII.- Apelación de honorarios de los Dres. F. P. y D. M. Z.:

Los letrados mencionados en el epígrafe, quienes intervienen en autos como letrados patrocinantes de la parte actora, plantean por su propio derecho impugnación, colocando

bajo cuestión los honorarios que le fueran regulados por su actuación en el anterior grado, estimando que los mismos resultan bajos.

Los estipendios fijados en su favor fueron establecidos en el 17%, en conjunto, a calcular sobre el monto de condena que sea determinado oportunamente, con más el I.V.A. pertinente.

Observo en primer lugar que tal porcentual resulta más elevado que aquél que, de común, este cuerpo revisor establece para los letrados que actuaren como patrocinantes de la parte que resultó vencedora en el proceso, el que salvo contadas excepciones asciende al 14%, vinculadas a la concurrencia de algunas o varias pautas cualitativas como son los enunciadas en el art. 5 de la Ley del arancel.

Recuerdo que dicho porcentual es una alícuota intermedia de los topes de mínima y de máxima (11% y 20%, respectivamente), que son contemplados por el art. 6 de la Ley del arancel. Pues bien, los honorarios de los letrados recurrentes fueron fijados, en conjunto, en la suma que resulte de aplicar sobre el monto de condena el 17%. Y, advierto, que la mención a que se trata de una regulación en conjunto, no importa ni más ni menos que establecer aquello que ya se encuentra así determinado por el art. 9 de la ley de honorarios profesionales que expresa que *"Cuando actuaren conjuntamente varios abogados o procuradores por una misma parte, a fin de regular honorarios se considerará que ha existido un solo patrocinio o una sola representación, según fuera el caso…"* (Sic). De allí, que, vuelvo a decirlo, los emolumentos cuestionados por bajos en verdad resultan superiores si se atiende a la pauta genérica seguida por este cuerpo. Por lo demás, considero que la juzgadora si bien no lo expuso al tiempo de fijar las regulaciones de los emolumentos profesionales de los letrados recurrentes, debió ponderar "in mente retenta" las referidas pautas apreciativas de la tarea profesional desempeñada, en particular la naturaleza y complejidad de asunto, como el mérito de su labor según la extensión, calidad y eficacia, para establecer el porcentual fijado (17%), que erróneamente estiman los abogados impugnantes como exiguo.

Por lo expresado, propondré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación planteado, sin costas de alzada debido a que la materia no las genera. Así lo voto.

VII.- Conclusión:

Por todo lo expuesto y razonado concluiré proponiendo al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada para tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1 en los términos contemplados por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, inc. a) y b) del C.C. y C.; y, como consecuencia de ello, para dejar sin efecto el punto I de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia ampliando la condena, para hacerla extensiva "in solidum", respecto de la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.". Asimismo, corresponderá modificar el modo de

imposición de las costas de primera instancia para atribuirlas en un 70% a la parte demandada y el 30% restante a la parte actora.

Las costas de segunda instancia, atento que la parte actora obtuvo pleno reconocimiento de su impugnación en mi voto, propongo que sean impuestas en su totalidad a cargo de la citada en garantía “S. C. de S. L.” (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).

Los honorarios profesionales, por las tareas desempeñadas por ante esta segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: a los Dres. F. P. y D. M. Z., letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, en la suma equivalente al 5,95%; y, a los Dres. R. L. y J. M. F. C., letrado apoderado y patrocinante respectivamente de la aseguradora citada en garantía, en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente al 3,85%; y, al Dr. M. G. A., letrado apoderado de los co-demandados, en la suma equivalente al 2,75%. Tales porcentuales a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 13, 18, 46 y concordantes de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).

De tal manera, culmino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión PARCIAMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto manifestó:

Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 498/509 vta., los agravios que contra la misma expresaran la actora a fs. 525/531 vta. (ID 1374057), y la demandada a fs. 532/vta. (ID 1377151), así como la contestación de la citada en garantía a fs. 533/542 vta. (ID 1389010), me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad, por lo que entraré directamente en el análisis de los agravios. Cabe sí señalar que a fs. 543/544 obra el dictamen de la Asesoría de Familia (ID 1428669), y que a fs. 512 (ID 1194149) obra la apelación de honorarios por bajos de los letrados de la actora.-

I.- Seguiré el mismo orden de tratamiento que el efectuado por el Dr. Lucero, para un mejor seguimiento y lectura del decisorio, más allá del tratamiento conjunto de los distintos agravios y de la síntesis que a continuación efectuaré.-

1) La actora, resumidamente, se agravia de que la sentencia se fundase en la aplicación de una cláusula de exclusión de cobertura, la que entiende abusiva, nula e inconstitucional, entre otras calificaciones, solicitando que se tenga a la misma por no escrita en los términos del art. 988 del C. Civil y Comercial. Arguye la que sentenciante no trató la impugnación que efectuó de la citada cláusula, que contrarió normas constitucionales y legales, que el hecho debatido aconteció durante la vigencia del código de fondo actualmente vigente, que por dicha razón no son de aplicación los fallos de la Corte Suprema en que se apoyara el decisorio, citando las normas del mentado código en los que sustenta sus agravios. Añade

que se omitió efectuar el control de legalidad previsto en el art. 989 del código mencionado, que la sentencia es arbitraria por contrariar el art. 68 de la ley 2449 y la ley de Defensa del Consumidor (LDC), así como también se violenta la Convención de los Derechos del Niño. Aduce que la aseguradora aceptó el siniestro en los términos de art. 56 de la ley 17418 de Seguros (LS), ya que no se expidió fehacientemente por el rechazo o admisión del siniestro dentro del plazo de treinta días sino que lo hizo tres años y ocho meses después, para finalmente considerar que la sentencia carece de una fundamentación válida.-

Por su parte la aseguradora respondió, y también aquí sintetizo su contestación, que el tercero damnificado carece de legitimación para pretender la nulidad de una cláusula del seguro por abusiva por no ser parte del contrato, que la cláusula en cuestión es clara en su formulación y resulta razonable, que el contrato de seguro es un contrato de adhesión mas ello no importa un defecto sino una característica del mismo, que el razonamiento de la contraria llevaría a que toda cláusula limitativa o excluyente del seguro fuera abusiva o inconstitucional o que deba tenerse por no convenida, que la jueza no ha hecho más que considerar el contrato de seguro con sus limitaciones en la cobertura, cita los fallos "Buffoni" y "Flores" en apoyo de su posición, destaca que los derechos constitucionales no son absolutos, y que el art. 56 de la LS no resulta aplicable en caso de "no seguro". Concluye que en el improbable caso de que se hiciera lugar a los agravios de la actora, se considere el instituto de la apelación implícita en cuanto a las defensas que opusiera al contestar la demanda.-

Sobre la cuestión de la que se agravia la actora, la jueza de grado razonó: *"…la citada en garantía reconoció el vínculo asegurativo…opuso…la defensa de falta de legitimación pasiva por tratarse de un supuesto de no seguro, de exclusión de cobertura. Explicitó que conforme dispone la póliza N° X., ref. N° 5248716, se encuentra excluido el reclamo realizado por daños y perjuicios de un familiar dentro del tercer grado de consanguinidad y/o afinidad. Puntualmente, enfatizó su argumento en base a la cláusula CG-RC 2.1, inc. 17.1 en tanto refiere que: '…El cónyuge o integrante de la unión convivencial en los términos del art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación y los parientes del Asegurado y/o conductor hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad…"…la parte actora se opuso a la excepción planteando el carácter abusivo de la cláusula de exclusión conf. art. 37 LDC, arts. 988 y 989 del CCC, 68 de la LNT y 42 de la CN. Habló sobre la función social del seguro; y el transcurso del plazo del art. 56 de la ley 17.418 sin que en tiempo oportuno haya aceptado o rechazado el siniestro…que la Sra. A., reconoció el vínculo existente entre T. y el Sr. J. H. F. (asegurado y abuelo del niño)…En este sentido surge de la pericial contable en extraña jurisdicción…y de la compulsa de la póliza, el contenido de la cláusula de cobertura. Asimismo, surge de la prueba documental que la cobertura de la póliza N° X. que amparaba al rodado al momento del hecho, era de*

'…cobertura básica del Seguro Obligatorio Automotor…' De conformidad a ella los terceros transportados que tengan relación de consanguinidad o afinidad con el asegurado se encuentran excluidos de cobertura. Al respecto, exclusión de cobertura no importa otra cosa que lo que esta misma nominación indica: un riesgo no cubierto; una no garantía del mismo por cuanto no fue objeto del contrato de seguro; en definitiva, un no seguro, por cuanto el que existe no cubre, ni previó el siniestro acaecido" (ver sentencia a fs. 501, 3er. párrafo/502, 2do. párrafo).-

Es así que continuó argumentando con fundamento en los fallos de la Corte Suprema "Flores" y "Buffoni", que *"…la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía…Estas cláusulas no atribuyen directamente derechos ni imponen obligaciones, sino que su función consiste en descubrir el ámbito dentro del cual el seguro brindará su amparo…La jurisprudencia tiene dicho que 'obligar a cubrir un riesgo excluido, significa violentar la mecánica del sistema de seguros personales y obligar al asegurador y a la masa de primas, sufrir una pérdida para lo cual no existe título jurídico que lo justifique'…que hay consenso en que la existencia del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía…En el caso de autos se verifica con claridad el vínculo entre los Sres. F. y T., en este sentido hemos señalado que la inejecución por la aseguradora del deber jurídico que le impone el art. 56 LS de pronunciarse sobre el derecho de asegurado, no puede derivar, por sí mismo, inmediatamente, en el reconocimiento de una cobertura asegurativa que podría no existir…Por estas razones, la omisión de pronunciamiento de la aseguradora…no puede convalidar un "no seguro" o "falta de cobertura"…Conforme todo lo expuesto corresponde HACER LUGAR a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta.. En su mérito,* ***no corresponde hacer extensiva la condena dispuesta respecto de los accionados a la citada en garantía****"* (ver sentencia a fs. 502, 3er. párrafo/503, 3er. párrafo).-

2) De la reseña precedente cabe señalar que el agravio de la actora referido al reconocimiento del seguro por la aseguradora por no haberse expedido en el plazo dispuesto en el art. 56 de la LS no aplica para los casos de cláusulas de exclusión de cobertura o "no seguro". Ahora bien, al contestar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía (ver fs. 146 vta./148), la actora impugnó la cláusula en cuestión por abusiva, considerándola nula y/o inoponible y/o inconstitucional (ver fs. 158 vta./161, pto. V), asistiendo razón a la apelante en cuanto a que la jueza de grado no se explayó al respecto.-

Es de recordar que el accidente de autos se produjo el 11/12/2016, estando vigente el Código Civil y Comercial. Esta circunstancia resulta relevante a los efectos de la consideración de los fallos de la Corte Suprema “Buffoni” y “Flores”, citados por la *a quo* y por la citada en garantía. En el primero de ellos, del 08/04/14 (ver AR/JUR/6035/2014), el tribunal sostuvo que la modificación introducida por la ley 26361 a la LDC no obsta a la oponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro -se trataba de una cláusula de exclusión de cobertura por exceso del número de transportados respecto de la capacidad indicada en las especificaciones de fábrica o admitida como máximo para el uso normal del rodado-, ya que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior (considerando 12). A su vez en “Flores”, del 06/06/17 (ver elDial AA9F55) el tribunal declaró oponible el límite de cobertura contratado frente a una víctima de un accidente de tránsito, reiterando en el considerando 5 lo que expuso en el considerando 12 del fallo “Buffoni”. Como se puede apreciar la Corte Suprema no invalidó la total aplicación de la LDC a las relaciones generadas por el contrato de seguro, sino que hizo prevalecer la LS a los fines de convalidar una cláusula de exclusión de cobertura por imprudencia de los damnificados, así como el límite pactado a la misma.-

Es de destacar que estos fallos recibieron severas críticas por parte de la doctrina. Con relación a “Buffoni”, se dijo que lo expuesto por la Corte Nacional en cuanto a que los contratos eran acuerdos de voluntad entre iguales (art. 1137 del C. Civil), que las partes debían someterse a los contratos como a la ley misma (art. 1197 del C. Civil), la aplicación del efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del mismo código), entre otros argumentos, se trataba de arcaicas pautas legales que fueron expresamente dejadas de lado por el C. Civil y Comercial (arts. 984, 1093, 1094, entre otros), resultando la doctrina del fallo inaplicable en la actualidad. Así se arguyó que el contrato de seguro no es un contrato paritario ni entre iguales, sino que es un contrato de adhesión y en su inmensa mayoría se trata de contratos de consumo, debiéndose aplicar la normativa de los arts. 984, 1093, 1094 y complementarios del C. Civil y Comercial referidos a los contratos de adhesión y de consumo. También se objetó la idea del efecto relativo de los contratos en cuanto ha quedado superado por el concepto de “relación de consumo” prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional, citándose a Lorenzetti en el sentido de que el derecho del consumo destruyó al principio de los efectos relativos de los contratos. Y el art. 1092 del código actualmente vigente incorporó a nivel legal la relación de consumo prevista en la norma constitucional. En cuanto a la preeminencia de la ley especial sobre la general, se consideró que se trata de un principio que empezó a dejarse de lado con la vigencia del citado art. 42 de la carta magna, y en especial con el dictado de la ley 23361 (básicamente con la modificación del art. 3 de la LDC), lo cual quedó plasmado en el art. 1094 del código de fondo vigente en tanto en el mismo se dispone una serie de principios generales de

protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores, ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema, los principios mínimos actúan como un núcleo duro de tutela, el intérprete de una ley especial recurrirá al código para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor, así como que el art. 1094 ordena en su parte pertinente que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas conforme con el principio de protección del consumidor (conf. Sobrino, Waldo Augusto: “Adiós ‘Buffoni’: la inaplicabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en SAIJ: DACF170274). El mismo autor, con argumentos similares, criticó el decisorio de la Corte Suprema en el fallo “Flores” (ver aut. cit.: El Fallo “Flores” de la Corte Suprema de Justicia: su inaplicabilidad con la vigencia del Código Civil y Comercial”, en SAIJ: DAF180148).-

Ahora bien, los casos citados fueron resueltos a la luz del Código velezano dada la fecha en la cual ocurrieron los hechos allí dilucidados, y aún así se consideró que tales decisorios eran susceptibles de crítica desde el ángulo de la normativa constitucional del art. 42 de la carta magna nacional. En la especie, el hecho de marras, como se dijo, aconteció durante la vigencia del Código Civil y Comercial, por lo tanto los argumentos esgrimidos desde la doctrina que citara en cuanto a la aplicación y prelación normativa prevista en el art. 1094 del citado código resultan plenamente acertados. Y ello no implica que la ley 17418 haya sido derogada, sino que la misma debe ser interpretada a la luz de la normativa del derecho del consumidor, y en caso de conflicto de normas deberá ceder su preeminencia ante la mentada normativa.-

En tal sentido ha de señalarse que el Código Civil y Comercial ha incluido en su cuerpo disposiciones referidas a la relación de consumo. Estas normas actúan como un “piso duro” que no puede perforarse por ninguna ley especial. La comisión encargada de la redacción del código explicaba: “Por estas razones se propone incluir en el Código Civil y Comercial una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima, lo que tiene efectos importantes…b) Ninguna ley especial puede…derogar esos mínimos sin afectar el sistema”. Es por ello que gran parte de la doctrina se inclina por el plazo genérico del art. 2560 del código de fondo de cinco años (conf. Shina, F. E.: “Ley de Defensa del Consumidor comentada”, Ed. Hammurabi, 2022, págs. 440/444).-

En cuanto a la consideración del seguro como relación de consumo, se ha dicho que la clave está dada por los conceptos de “consumidor o usuario” que incluye a las personas que se consideran equiparadas (art. 1 de la LDC); la identificación del “proveedor” (art. 2

de la LDC) y de la “relación de consumo” (art. 3 de la LDC). Los argumentos para excluir al seguro de la relación de consumo, se basaron en que la ley 24240 en sus arts. 19 a 24 indica que se legisló sobre contratos “cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar” (art. 20), en los cuales el locador debe realizar un trabajo sobre una cosa utilizando materiales presupuestados o adicionales (art. 22). Estos servicios son sólo un aspecto parcial de la relación de consumo pero no la comprenden en su totalidad. Por el contrario, se entendió aun antes de la sanción de la ley 26361 que la locación de servicios circunscripta desde antaño prácticamente al vínculo laboral, ha crecido con vigor propio, comprendiendo una extensa familia de contratos en la cual aparece como contrato base o contrato madre. Así a partir de los servicios tradicionales asociados con el trabajo no dependiente (actuación de profesionales) y con la relación bajo dependencia, esa familia de contratos se integra con los desprendimientos de la locación de servicios que los usos primero y luego el desarrollo jurídico han ido tipificando. Como colofón cabe afirmar que si podían caber dudas antes de la ley 26361, con la vigencia de ésta, ampliatoria del objeto de actividades prestadoras de bienes o servicios y del aspecto subjetivo de consumidores, usuarios y equiparados (ley 24240, arts. 1, 2 y 3), la consideración del seguro, como relación de consumo, es indubitable. El contratante de seguro resulta comprendido en el concepto amplio del sujeto que “adquiere o utiliza bienes o servicios” y que lo hace además “como destinatario final, “para beneficio propio”, “o de su grupo familiar o social”. A su vez, los terceros que invoquen el art. 118 de la LS, además de tener legitimación por esta norma, la tienen en forma directa por ser la suya una situación que encuadra en la hipótesis de “…quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” (art. 1, párrafo final de la ley 24240, según ley 26361) (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L.: “El seguro como relación de consumo. Sus efectos y las normas sobre prescripción aplicables”, en Aguirre, Felipe F. (Coordinador): “Seguros y Defensa del Consumidor”, AbeledoPerrot, 2012, págs. 139/148).-

Ahora bien, el último párrafo del art. 1 fue suprimido por la ley 26994, por lo que se ha considerado que al extirparse la figura del tercero expuesto a la relación de consumo o “bystander”, resulta determinante definir si las víctimas de accidentes de tránsito pueden dirigir sus acciones, en forma directa, contra las compañías de seguros. La simple lectura del art. 1 de la LDC alcanza para comprender que dicha ley es un estatuto con la pretensión universalista de incluir y beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles. Así se ha entendido que la LDC es una ley de protección de la sociedad de consumo. El sentido universal de la LDC tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores sujetos que no forman parte del contrato, rompiendo de esta forma con una regla ancestral: el efecto relativo de los contratos establecido en los arts. 959, 1021 y 1022, ente otros del CCCN (conf. Shina, op. cit., págs. 95/97).-

En ese sentido el sujeto expuesto o “bystander” es un sujeto que, sin ser parte de un contrato de consumo, está expuesto a las consecuencias de ese contrato celebrado entre terceros; la sola condición de estar expuesto a esa contratación ajena le da derechos que puede invocar. Es un tercero ajeno al contrato que, sin embargo, tendrá el mismo derecho a la indemnidad que tiene el contratante. Ahora bien, la reforma del art. 1 de la LDC por la ley 26994 ¿importa la supresión del “tercero expuesto”?. Al respecto cabe recordar que en el derecho del consumidor las dudas siempre se resuelven en el sentido más favorable al consumidor. Ese principio general, que originariamente estaba contenido en el art. 3 de la LDC, fue reforzado por el art. 1094 del CCCN. Por lo tanto si en un caso concreto existieran dudas acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor, se deberá optar por asignarle la condición de usuario, ya que la idea de protección está más próxima a la Const. Nacional que aquella que la restringe o anula (conf. Shina, op. cit., págs. 97/102).En la línea que se viene describiendo se sostiene que a pesar de que la figura del tercero expuesto quedó severamente debilitada luego de la modificación que le impuso la ley 26994, el “bystander” aun subsiste en nuestro ordenamiento. Es más se ha considerado que la víctima de un accidente de tránsito no es un tercero expuesto a la relación de consumo, sino es que un consumidor de servicios asegurativos. En ese sentido es uno de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCCN. Es que un sujeto que no es parte de un contrato de consumo puede ser parte de la relación de consumo. Es así que el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCCN establecieron que son considerados consumidores: quien es parte de una relación de consumo, y quien no es parte pero como consecuencia de una relación de consumo utiliza bienes o servicios. Cuando el art. 1092 precitado define a los consumidores incluye a quienes utilizan servicios como destinatarios finales. Las víctimas de accidentes de tránsito son los destinatarios finales de los servicios asegurativos que, obligado por el art. 68 de la ley 24449, tomó el titular de la póliza (conf. Shina, op. cit., págs. 116/117).-

A lo dicho hasta aquí debe recordarse la raíz constitucional del derecho del consumidor (conf. art. 42 de la Const. Nacional). De acuerdo a ello, en comentario al art. 1092 del CCCN se ha dicho que la relación de consumo, cuya fuente es el citado artículo 42, resulta de una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación fije, debiendo establecerse “de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles. Se puede añadir que el Derecho del Consumidor regula situaciones que se desarrollan tanto en el marco del contrato de consumo como fuera

del mismo, por lo que una noción acotada de la relación de consumo dejaría sin poder considerar supuestos expresamente contemplados por la legislación. Pero en todo caso, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica (conf. Wajntraub, Javier H., en Lorenzetti, R. Luis (Director): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VI, págs. 230/231).-

Asimismo, y a los fines de avalar la legitimación de la actora a efectos de impugnar la cláusula cuestionada, legitimación que es resistida por la citada en garantía, debe considerarse lo dispuesto por el art. 1096 del Civil y Comercial, con el que se inicia la Sección denominada "Prácticas abusivas", establece que: *"Las normas de esta Sección y de la Sección 2° del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme lo dispuesto en el artículo 1092".* Al respecto las prácticas comerciales han sido definidas como procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final. Las prácticas comerciales abusivas afectan la vida cotidiana de la gente y merecen un tratamiento amplio y adecuado, ya que se relacionan con los aspectos más profundos y sentidos de la persona humana. El artículo analizado pone de relieve que bastará encontrarse expuesto a alguno de estos actos del proveedor para habilitar la actuación al respecto. Pero va más allá: se contempla que aunque el sujeto no sea determinable pueda llevarse a cabo el planteo, para lo que entrarán en juego el resto de los actores a los que el ordenamiento autoriza a intervenir. Es decir que podrá actuarse cuando se afecte a un consumidor, un sujeto equiparado o cualquier persona que se encuentre expuesta a cualquier de estas prácticas repudiadas por la normativa. La noción de prácticas comerciales abusivas tiene como contrapartida la afectación de los aspectos más sensibles de las personas, los que cuentan con una clara protección de jerarquía constitucional. La incorporación de los criterios que permiten determinar la existencia de estas conductas reprochadas junto con la amplitud de quienes pueden considerarse legitimados, construye una adecuada respuesta del sistema en resguardo del mandato que surge de la ley suprema (conf. Wajntraub, op. cit., ídem, págs. 246/247).-

A la luz de lo expuesto habré de coincidir con el Dr. Lucero en la legitimación de la actora para impugnar la cláusula de exclusión de cobertura en cuestión. Sentado lo anterior es de señalar que la cláusula cuestionada por la accionante dispone que el asegurador no indemnizará los daños sufridos por el cónyuge o integrante de la unión convivencial en los términos del Artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación y los parientes del Asegurado y/o Conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad (ver CG.RC-2.1 inc. 17.1, pericia contable a fs. 314 vta., pto. 7). Como lo expresa el colega preopinante

dicha cláusula se corresponde con lo establecido en el Anexo II, Cláusula CG-RC 2.1 Exclusiones a la cobertura para Responsabilidad Civil, pto. 17.1 de la resolución 39327/2015 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). En el análisis de esta resolución, y concretamente de la cláusula referida se ha dicho que el artículo 68 de la ley 2449 establece que esta clase de seguros es para soportar los daños causados a terceros, no distinguiendo la ley sobre quiénes constituyen esta categoría y que, por lo tanto, en una interpretación posible, no debería distinguirse mucho menos con un sentido de eliminación de la responsabilidad de la empresa de seguros (conf. Piedecasas, Miguel A.: "Seguro Obligatorio Automotor", Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, pág. 174).-

En sentido concordante y respecto a la exclusión de cobertura análoga por exceso de personas transportadas o transportadas en lugar no correspondiente para ello, se ha dicho que para analizar la validez y procedencia de esta cláusula se debe partir de la particular naturaleza, sentido y fin del Seguro Obligatorio Automotor (SOA). Así se señala que en la U. E. (UE), la directiva aplicable a estos supuestos apunta como fin esencial a que se abone la prestación correspondiente a todo transportado, con la sola excepción del conductor (en algunos casos), y a todo usuario de la vía pública, sin admitir defensa o exclusiones fundadas en esta clase de motivos como el de la cláusula de nuestra póliza básica de SOA. Y en cuanto a la cláusula relativa al exceso del número de transportados se ha considerado que debe ser interpretada adecuadamente y conforme a los parámetros que con relación a dicha situación ha ido generando la jurisprudencia, la que fue atenuando el efecto excluyente de dicha cláusula. Así se ha entendido que no procede la exclusión cuando no fue la causa del accidente, debe ser razonable y no desnaturalizar los términos del contrato y la equivalencia de las prestaciones, la carga de la prueba de su existencia e incidencia causal es a cargo de la empresa de seguros, debe ser invocada en el plazo del artículo 56 de la LS, debe ser interpretada en contra del predisponente, debe haber sido informada adecuadamente al contratar (conf. Piedecasas, op. cit., págs. 309/310).-

Así se sostuvo que tratándose o reconociendo una fuente convencional, las exclusiones de cobertura, y sobre todo las meramente circunstanciales, deben considerarse abusivas si no tuvieren influencia significativa sobre el estado del riesgo, o sobre el grado de riesgo moral o sobre los costos de contratación, liquidación y verificación del siniestro, o sobre la extensión de la prestación de la entidad aseguradora en caso de siniestro o, en general, sobre la situación de la entidad aseguradora empeorándola (conf. Soto, Héctor Miguel: "Cargas, caducidades y exclusiones de cobertura en el contrato de seguro", LL, 2004-D1161). De manera coincidente se precisó que las cláusulas de exclusión de cobertura deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata. No deben erigirse en supuestos formales, en preceptos rituales vacíos de contenido razonable (conf. CN. Com., Sala B, LL 2006-C-838).-

Esta consideración entronca con el problema de la carga de la prueba de la exclusión de cobertura, que de acuerdo a reglas procesales son a cargo de la Aseguradora, dado que quien alega un hecho corre con el cargo de su prueba, y es por esa razón que se entiende que quedará en manos del asegurador la prueba de la configuración de la circunstancia fáctica que amerita la excepción de no seguro. Además corresponde resaltar que será la propia empresa aseguradora quien se beneficiará no indemnizando, en caso de lograr probar el acaecimiento del supuesto de no seguro, es decir que no será suficiente alegar la mera existencia de la cláusula de exclusión, además deberá justificar su inclusión en la póliza y su relación con la prima convenida. A lo que cabe añadir que, efectuando una interpretación razonable de la cláusula de exclusión, ya que no se debe forzar la interpretación del contrato y el proceso lógico de raciocinio, debiendo en caso de duda interpretar la cláusula en contra del predisponente (conf. jurisprudencia citada en Piedecasas, p. cit., págs. 311/312).-

Las últimas consideraciones citadas fueron efectuadas respecto de la cláusula de exclusión de cobertura por exceso de la cantidad de pasajeros de acuerdo a la capacidad del vehículo, en cuyo caso podría considerarse que dicha circunstancia podría tener cierto nexo de causalidad con el acaecimiento de un accidente. Es así que entiendo que *a fortiori* tales consideraciones caben para la cláusula aquí en cuestión, dado que el parentesco de la víctima con el asegurado y el conductor del vehículo carece *prima facie* de virtualidad para el nexo causal con el siniestro, y la citada en garantía no invocó ni acreditó que ello fuera así, limitándose a invocar la cláusula de “no seguro” y a justificar la misma por su mera inclusión y por haberse pactado en el contrato. La referencia que efectúa respecto a que la condición de contrato de adhesión del contrato de seguro es una característica y no un defecto del mismo resulta aceptable. Mas ello conlleva las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé de dicha condición, entre ellas, las ya citadas de su interpretación a favor del consumidor o usuario y que es cargo del predisponente justificar la inclusión de la cláusula y la acreditación de su vinculación con el siniestro.-

En virtud de todo lo razonado habré de coincidir con el Dr. Lucero en que la cláusula cuestionada resulta abusiva y por ende debe tenerse por no escrita de acuerdo a lo dispuesto por el art. 988 del CCCN. Al respecto es de recordar que para ello no es obstáculo la aprobación administrativa mediante la resolución 39327/2015 de la SSN, ya que el art. 989 del CCCN estipula que dicha aprobación de las cláusulas generales no obsta a su control judicial, en coincidencia con lo dispuesto por los arts. 1118 y 1122 del mismo código. Y en cuanto a lo dispuesto por el art. 988 precitado, encuentro que la cláusula objetada encuadra en el inc. a) de dicha norma, ya que desnaturaliza las obligaciones del predisponente, por cuanto lo libera de su obligación de cobertura por una circunstancia que carece de relación con el siniestro, o al menos no se invocó o acreditó que en este caso la tuviera. Es de retener que la expresión desnaturalización de la relación a la que se halla

obligado el predisponente refiere a tres hipótesis: a) ampliando los derechos del proveedor-profesional con daño al consumidor; b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor-profesional; c) ampliando las obligaciones del consumidor o restringiendo o suprimiendo sus derechos. Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia (conf. Stiglitz, Rubén S., en Lorenzetti (Director), op. cit., T° V, pág. 657).Entiendo que la exclusión de cobertura por el parentesco del menor víctima con el asegurado (nieto) y el conductor (sobrino), como lo he explicado *ut supra* carece de vinculación directa con la producción del siniestro, y ni siquiera puede inferirse que la condición de pariente en dicho grado del transportado pueda considerarse una circunstancia frecuente y que por dicha razón altere la ecuación económico-financiera de la aseguradora respecto al pago de la prima y el riesgo asegurado. Y en todo caso debió haberse invocado y acreditado dicha alteración. Es así que se trata de una cláusula que amplía los derechos del predisponente sin justificación válida, y por ende restringe o suprime los del consumidor o usuario.-

En consecuencia de todo lo expuesto en este considerando es que habré de concordar con el colega prevotante en acoger los agravios de la actora examinados, deviniendo abstracto el tratamiento de los restantes, dado que su finalidad es la misma, tener por no escrita la cláusula en cuestión. Es así que coincido en revocar parcialmente la sentencia apelada para tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1, dejando sin efecto el pto. I de la parte resolutiva del decisorio apelado, para ampliar la condena, haciéndola extensiva *in solidum* respecto a la aseguradora S. C. de S. L. Ello sin perjuicio de lo que resulte del examen de la apelación implícita de dicha citada en garantía.-

3) Sentado lo anterior, corresponde atender lo pedido por la aseguradora con relación al instituto de la apelación implícita. Al respecto habré de disentir con el vocal preopinante en cuanto a la autonomía recursiva de la aseguradora, no porque el Dr. Lucero la niegue, sino por los efectos de la misma cuando el asegurado consiente el decisorio, al menos en su parte sustantiva, como en este caso. Es que sobre este punto tengo una postura asumida hace tiempo, y tal como lo sostuve en diversos antecedentes de esta Sala “B” (SIC Nº 120/07, SDC Nº 42/08, SDC Nº 18/09, SDC N° 20/13, y más recientemente en SDC N° 08/22 del 29/04/22, y SDC N° 09/24 del 10/06/24; entre otros), no encuentro óbice en dicha legitimación recursiva. Al respecto sostuve que la aseguradora debe ser reputada como “parte” en sentido procesal y así como puede verse afectada por la suerte del juicio, debe contar con todos los beneficios que se acuerdan a un litigante para la preservación de su derecho de defensa (contestación de demanda, ofrecimiento y diligenciamiento de prueba,

alegato, recursos, etc.). Todo ello con abstracción de la diligencia que pueda o no desplegar el asegurado demandado, o mejor dicho, a despecho de su posible inercia o negligencia en la contradicción de la pretensión del accionante (conf. Zavala de González, Matilde: "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, 1997, Tº 3, pág. 482). A ello cabe agregar que la jurisprudencia mayoritaria se ha pronunciado en el sentido de que si la litis se integra con el presunto responsable del daño y con su aseguradora, se configura un litisconsorcio pasivo, pero no necesario, ya que no es menester la citación en garantía para que la sentencia pueda pronunciarse útilmente. La principal consecuencia práctica de la adopción de esta tesis es que si el litisconsorte es considerado como facultativo, algunos sostienen que el éxito de las defensas o recursos de la aseguradora la benefician de modo exclusivo, sin propagación al asegurado omitente (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, pág. 489 y sigs).-

Es así que la aseguradora puede desplegar una actitud adhesiva o subordinada a la del asegurado, con similitud básica de posturas (inclusive, cabe que exista unidad de representación y de defensas), pero también es factible que actúe de modo totalmente independiente de lo que haga o deje de hacer el asegurado, sin accesoriedad a una previa y determinada conducta de éste. Así ocurrirá cuando, para resistir la pretensión del actor, la aseguradora articula defensas o recursos que el asegurado no dedujo. En esta segunda hipótesis y a la postre, el actuar de la aseguradora podrá perjudicar los intereses del demandado-asegurado, no en relación con el actor sino con la aseguradora misma, porque aquel proceder está orientado a que la eventual condena que se dicte no haga cosa juzgada en contra de ésta (el demandado no podrá descargar su responsabilidad hacia la víctima) (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, pág. 492 y sigs.). En sentido concordante con lo que se viene diciendo, la Corte mendocina señaló -refiriéndose a un incidente de caducidad interpuesto por la citada en garantía- que verificándose un litisconsorcio pasivo necesario, los actos vinculados a cada uno de los litisconsortes aprovechan o perjudican al resto, lo que no acontece cuando el litisconsorcio es facultativo (conf. SC Mendoza, Sala I, 22/03/07, in re: "Farías, Nicolás c/ Bueno, Rodolfo y otros", laleyonline).-

Concretamente con relación a la autonomía recursiva de la citada en garantía, la tesis denegatoria se funda en que no existiría interés ni finalidad que justifique sus recursos, ya que de todos modos, la condena que se dicte contra el asegurado hace cosa juzgada en contra de aquélla por vía del art. 118 de la ley 17418 (conf. SCBA, 30/6/92, LL, 1992-E38), CN. Civ., Sala D, 23/8/77, LL, 1978-C-660, 34.733-S). Mas como he señalado siguiendo a Zavala de González-, de acuerdo a la orientación prevaleciente, el asegurador citado en garantía reviste el carácter de un litisconsorte pasivo autónomo, por lo que goza de autonomía recursiva, con prescindencia de la actitud que adopte el asegurado (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 536). Así lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, al considerar que la relación constituida por el demandado y su aseguradora genera a favor de ésta una legitimación procesal que la faculta (con autonomía de la actitud seguida por aquél) para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el gravamen que, como presupuesto, requiere dicha vía de impugnación, está dado desde el punto de vista subjetivo para todos aquéllos a quienes alcanzan los efectos de la cosa juzgada en la sentencia (CSJN, 21/4/92, LL, 1992-E-34). En cuanto a los efectos del reconocimiento de esta autonomía recursiva a la aseguradora, se ha considerado que si los mismos son favorables se propagan al asegurado aunque éste no haya recurrido (conf. Rivera: "La citación en garantía en el seguro de responsabilidad civil", JA, 1988-I-846).-

Otra postura -que comparto- sostenida por Zavala de González entiende que, tratándose de un litisconsorcio facultativo o voluntario, los recursos de uno de los litisconsortes no favorecen a los demás, a lo que cabe añadir que la salvaguarda del derecho de defensa en juicio, que es el nudo justificativo de la solución, debe hacerse efectiva también en la Alzada. Por lo demás la cosa juzgada debe examinarse discriminadamente por cada litigante sino hay un litisconsorcio necesario. Y se brinda el ejemplo según el cual la cuestión se desdoblase entre un primer juicio contra el responsable asegurado y otro de repetición contra la aseguradora, pues entonces ésta también podría cuestionar la específica vigencia de la propia responsabilidad, si el asegurado fue negligente al no interponer defensas o recursos de éxito previsible (conf. Zavala de González, op. cit. ídem, págs. 540/541). En síntesis, de acuerdo a lo expuesto, en caso de que la citada en garantía recurrente obtuviere éxito en su apelación, dicho resultado favorable no beneficiará al codemandado que consintiera la sentencia, sin perjuicio de la salvedad que seguidamente habré de efectuar.-

Sin embargo, cuando la apelación de la aseguradora -o de un litisconsorte en general- resulta exitosa en cuanto a tener por no acreditados los presupuestos del reclamo de la actora -como la legitimación activa- o de la responsabilidad enrostrada a los demandados -como en este caso el nexo causal-, la autonomía recursiva de los litisconsortes no impide la propagación de los efectos de la apelación hacia los litisconsortes no recurrentes.-

Como fundamento de lo dicho, me expedí con anterioridad (conf. esta Sala "B", SDC Nº 03/12, del 16/12/12; y SDC N° 19/13, del 14/11/13) sobre esta cuestión, sosteniendo que, si se ha concluido que respecto de uno de los demandados que opuso la defensa de falta de legitimación activa para obrar, el actor no acreditó el título de pedir que invocara (propietario del vehículo siniestrado), y que por lo tanto carecía de legitimación, ello implicó sin más ni menos que decir que no contaba con acción para obtener un pronunciamiento sobre la pretensión por él deducida. Es que la obligación concurrente o conexa encuentra como fuente un mismo y único hecho ilícito que es, a su vez fuente de varias obligaciones de resarcir que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto

y existir a favor del mismo acreedor. De tal modo, si la defensa de falta de legitimación activa que opusiere el codemandado prosperó, tal defensa también ha de beneficiar a la restante codemandada, en tanto que se adolece en la práctica del título de pedir que fuera invocado por el que se sindicó sin éxito como acreedor a la indemnización por daños y perjuicios. Es que si se carece de acción para uno de los obligados “in solidum” se carece para los otros, en tanto básicamente no se cuenta con legitimación para pretender un pronunciamiento por no coincidir el actor con la titularidad del derecho subjetivo sustancial que se invocara y en virtud del cual se pretende resarcimiento por daños y perjuicios en el proceso iniciado por la demanda que fuera dirigida en contra de una parte plural conformada por un litisconsorcio pasivo facultativo fundado en la conexidad de la causa de pedir. Y no empece a ello que el litisconsorcio fuere facultativo, ya que la calidad de propietario del rodado invocada por el actor y no probada es un hecho común a todos los codemandados, por lo que se debió rechazar la demanda sin ingresar al tratamiento en cuanto al modo en que ocurrió el suceso dañoso respecto a una codemandada, aun cuando se trate de un litisconsorcio facultativo. Es que respecto a los efectos del litisconsorcio facultativo corresponde distinguir con relación a la prueba, según que ella verse sobre hechos comunes o hechos individuales a uno o algunos de los litisconsortes. En el primer caso, el juez debe valorar conjuntamente las diligencias probatorias producidas por cada litisconsorte, pues no cabe concebir que el convencimiento judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca sólo con respecto a uno o a algunos de los litisconsortes. Por lo tanto, si uno solo de los litisconsortes produce prueba acerca de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo que reviste carácter común, ella será suficiente para tenerlo acreditado con relación a los restantes (conf. Palacio, Lino Enrique: “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, 1970, Tº III, pág. 224).-

Por todas las razones expuestas, es que habré de ingresar en la apelación implícita de la citada en garantía.-

4) Cabe recordar que la doctrina de la apelación implícita, es un mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio, de acuerdo al cual, la Alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia le asistían al órgano de primera instancia, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones planteadas tanto al demandar la parte actora, como también las defensivas opuestas por la demandada al contestar la acción, merced a que la sentencia no ingresó a considerar. En particular, en la especie, queda de manifiesto que la aseguradora se vio impedida de recurrir el fallo por serle éste favorable, por lo que aquellos argumentos que opusiera en su defensa habrán de ser considerados a los efectos de elucidar si la alcanza o no la condena contenida en el pto. 2) de la parte resolutiva del fallo (ver fs. 509/vta.) (conf. doct. art. 277 del CPCC; esta Cámara, c. 11.357,

SDL 88/95; c. 11.827, SDL 16/96; c. 11.836, SDL 28/96; c. 12.023, SDC 18/96, entre otros; ídem Morello-Sosa-Berizonce, en "Códigos Procesales...", Ed. Platense, 2da. Ed., año 1988, Tº III, págs. 111 y jurisp. cit. en págs. 406/407 y 418/419; conf. SCBA, Ac. Y Sent. 1985-I-142; CN. Civ., Sala A, LL, 1985-E195; íd. Palacio, Lino E., en "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, ed. Año 1975, Tº V-465; Loutayf Ranea, Roberto: "El recurso de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, ed. Año 1989, Tº I, págs. 78/79).-

Es así que corresponde examinar las defensas de fondo opuestas por la citada en garantía al contestar la demanda. La aseguradora invocó la conducta de la víctima como causa adecuada del evento, en tanto interrumpió el nexo de causalidad entre la acción del conductor y el siniestro, lo que atribuye a la omisión de colocarse el cinturón de seguridad. A tal fin cita doctrina y jurisprudencia (ver fs. 149/150 vta.).-

Ahora bien, respecto del nexo causal, la jueza de grado arguyó que la causa adecuada del accidente fue el obrar imprudente en la conducción de J. M. F., quien circulaba a excesiva velocidad y ello hizo que no tuviera pleno dominio de su vehículo por lo que terminó volcando, aclarando que si hubiese transitado conforme las prescripciones legales, la colisión y los daños a terceros se hubieran evitado (ver sentencia a fs. 500 vta., 3er. párrafo). Para ello se basó en las actuaciones penales (caso penal N° 68.839), específicamente en la pericia labrada en la misma. En dicha experticia (pericia accidentológica de fs. 202/206 del legajo de pruebas de la causa penal referida) el experto concluyó que en el siniestro intervino un solo vehículo por lo que no existe calidad embistente/embestido, que el rodado era conducido por J. M. F. a una velocidad de 107,83 km./h., que no existen elementos o indicios relativos al vehículo o al medio ambiente que operen como causas mediatas, y si bien no se puede establecer una causa concreta como causa inmediata, se destaca la falta de atención, prevención, cuidado y conocimiento de las normas de conducción por parte del conductor del vehículo, siendo el accidente evitable desde el punto de vista netamente físico (ver fs. 205 vta. del legajo de pruebas indicado). Y si bien de acuerdo al art. 51, b), 1 de la ley 24449 la velocidad máxima era de 110 km./h. por tratarse de zona rural, debe considerarse, como lo señala el experto que el art. 50 de la misma ley establece que el conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación (ver pericia a fs. 206 del citado legajo de prueba).-

A lo dicho he de añadir que el art. 64 del mismo texto legal dispone en su segundo párrafo que *"Se presume responsable de un accidente…sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron".* De la pericia mentada surge evidente que, más

allá de la velocidad reglamentaria, el evento se produjo por la desatención o falta de control de F. con relación al vehículo, atento a que en la pericia acidentológica citada se indica que, por motivos que se desconocen, unos 400 metros antes del mojón kilométrico N° 80 el rodado se despista hacia el carril y banquina del sentido contrario sin poder gobernar el mismo y tras recorrer 73,5 metros aproximadamente, inicia el derrape sobre el carril NO dejando huellas semicirculares por un espacio de 47,9 metros hasta salir de la calzada hacia banquina NO nuevamente, dejando rastros de derrape sobre el ripio por un espacio de 11,1 metros hasta que se produce un centro instantáneo de giro (producto del destalonamiento (sic) de los neumáticos lateralizando (sic), lo que genera el vuelo del locomóvil (ver pericia a fs. 204 del legajo de prueba mentado).-

La citada en garantía alude que dado que la víctima menor de edad no llevaba puesto el cinturón de seguridad, con su omisión infringió la obligación del art. 40 de la ley 24449 (inc. k), y que ello fue lo que provocó que saliera despedido del rodado. Es de recordar que el menor T. S. F. A. contaba con cinco años de edad al momento del accidente, atento a que nació el 21/09/2011 (ver partida de nacimiento de fs. 01) y el accidente ocurrió el 11/12/2016. No se me escapa que el art. 1729 dispone que *"la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquiera otra circunstancia especial".* Esto significa que el hecho -acto u omisión- puede ser generado por un menor e incluso involuntariamente. Es que el nexo causal entre el hecho ilícito -o el incumplimiento contractual- y el daño puede ser excluido total o parcialmente por la existencia de un hecho del damnificado que tenga aptitud para producir el resultado, o al menos para incidir en él. En principio, no es necesario que este hecho sea culpable, razón por la cual el artículo también se aplica al hecho de las personas sin discernimiento (conf. Picasso, Sebastián, en Lorenzetti (Director), op. cit., T° VIII, pág. 429).-

En la especie, es claro que la aseguradora no atribuye a la omisión de usar el cinturón de seguridad por parte del menor el vuelco del rodado que se debió exclusivamente a la maniobra de su tío, sino que dicha omisión provocó que el menor saliera despedido del automotor y por ello sufrió las lesiones padecidas. En tal sentido puede ocurrir que el propio damnificado haya contribuido causalmente a la producción del daño que sufre: el peatón que cruza la calle con el semáforo en rojo, el paciente que no sigue las prescripciones médicas, o abandona el tratamiento, el consumidor que emplea un producto sin respetar las indicaciones de seguridad que le había transmitido el proveedor, etc.. En todos estos casos, existe un aporte causal de la víctima que o bien destruye la relación causal entre el hecho del sindicado como responsable y el daño -con lo que exime a aquél de responsabilidad-, o bien concurre con aquél y actúa como concausa del perjuicio, lo que justifica la reducción

de la indemnización en la medida de la incidencia causal del hecho del damnificado (conf. Picasso, op. cit., ídem, pág. 430).-

Ahora bien, para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente, y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del artículo 1730 (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior -art. 1733, inc. e-). Eso es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño; de ahí que el artículo 1730 que lo regula, disponga que el *casus* "exime de responsabilidad", sin hacer alusión a que ello puede ocurrir total o parcialmente. La misma solución se extrae de la aplicación analógica del artículo 1731, que afirma expresamente que el hecho de un tercero por quien no se debe responder sólo exonera al responsable si reúne los caracteres del caso fortuito. Cabe hacer una excepción a este principio en aquellos casos en los que la víctima ha buscado intencionalmente el daño; en esos supuestos, el "dolo" del dañado absorbe la total eficacia causal y desplaza al hecho del responsable. Si el hecho de la víctima no reúne los caracteres del *casus*, se constituye en una concausa adecuada del daño, y justifica la reducción de la indemnización en función de la incidencia causal del hecho del damnificado (conf. Picasso, op. cit., ídem, págs. 430/431).-

El Código señala expresamente que para que opere la interrupción total o parcial del nexo de causalidad basta -en principio- con el simple hecho de la víctima, sin que sea necesario que ese hecho sea culpable. Se pone fin así a un debate que se había suscitado a la luz de disposiciones del código civil y del código de comercio derogados (arts. 1113 y 184, respectivamente) que hacían referencia a la "culpa" de la víctima. No es, pues la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros, lo cual se justifica por cuanto en el terreno de la relación causal se trata de sopesar relaciones puramente materiales entre causas y efectos. En consecuencia, el hecho de una persona sin discernimiento -en los términos del artículo 261 del código- tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario (conf. Picasso, op. cit., ídem, pág. 431).-

Con relación al hecho de la víctima como interruptivo del nexo causal consistente en la omisión del uso del cinturón de seguridad, es claro que la falta de uso del corretaje puede resultar, en muchos casos, causa o concausa adecuada en la producción del daño. Así se ha decidido que "si bien quedó demostrado en la causa que el accidente de tránsito, a raíz del cual el acompañante del conductor del vehículo embestido sufriera ciertas lesiones, fue responsabilidad de este último, por haber violado la señal roja del semáforo, en tanto de las constancias de la causa surge que la víctima no llevaba puesto el cinturón de seguridad y, no habiendo quedado controvertida la existencia de transporte benévolo, cabe concluir que se ha configurado un caso de culpa concurrente entre el conductor y su acompañante

lesionado (conf. CN. Com., Sala E, 17/03/04, in re: “Eusebi, Luis c/ Daventini, Bruno s/ sumario”, Lexis, nº 11/37455); así como que “el hecho de que la víctima no llevara colocado el cinturón de seguridad al momento del accidente, configura una importantísima demostración de la culpa y negligencia de la víctima, sobre todo teniéndose en cuenta que el vehículo de quien lo transportaba contaba con los dispositivos de cinturones de seguridad en perfectas condiciones, pese a lo cual la víctima no los utilizó (conf. Cám. Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, Sala V, 30/7/04, in re: “Migliori, Marcelo F. C/ Nieto, Daniel A.”, Lexis, nº 1/70013934-4) (ver mi voto en en el precedente de esta Sala B, SDC N° 20/16, del 05/12/16).-

Ahora bien, en las presentes actuaciones, en la única pericia accidentológica producida, que fue la ya citada y practicada en la causa penal, ninguna alusión se efectuó a la omisión del uso del cinturón de seguridad como causa total o parcial de las lesiones de T., eximente que debía ser acreditada por la citada en garantía que la invocó. Nótese que esta parte no volvió a ofrecer este tipo de pruebas en esta causa civil, es más manifestó desinterés en la producción de dicha prueba ofrecida por la actora (ver ofrecimiento de prueba a fs. 154/156, pto. IV, y en especial fs. 155 vta. *in fine/*156, 1er. párrafo).-

Por su parte ha de agregarse que en los puntos que dicha parte propuso para la pericia médica, tampoco se aludió a ello, más allá de que no resultaba la prueba idónea para demostrar la ruptura del nexo causal por el hecho del menor (ver pericia a fs. 423 vta./424, puntos de la citada en garantía). Es así que concluyo que no se acreditó que el hecho de la víctima hubiera tenido incidencia en la circunstancia de que la misma hubiera salido despedida del rodado. Pero he de extender mi razonamiento en el sentido de que aun cuando ello hubiera sido así, dado que el menor estaba bajo la “guarda” de su tío conductor del rodado, persona adulta, era éste quien debía hacer observar al menor la obligación del uso del cinturón de seguridad, por lo tanto, la omisión del menor no lo eximía al conductor de su responsabilidad.-

En tal inteligencia se ha decidido que la autoridad sobre el empleo de un automóvil corresponde, mientras lo conduce, exclusivamente al conductor, quien no cumple sus deberes como tal si no somete razonablemente a los pasajeros a las indicaciones conducentes a un transporte seguro. Así, como el conductor debe abstenerse de transportar al pasajero que se niegue a cumplir sus prescripciones -como, por ejemplo, el empleo del cinturón de seguridad, tanto mayor es su negligencia cuando se aviene a transportarlo siendo imposible cumplir con tal obligatorio recaudo (conf. C.Apel. Civ. y Com., San Isidro, Sala II, 27/06/02, elDial-SI9A). En el mismo sentido se sostuvo que en cuanto a la situación atribuible al conductor del automotor en el que viajaba la actora, víctima del accidente, considero, como ya se ha sostenido en casos análogos, que es de su exclusiva responsabilidad, asimismo imponer el uso del cinturón de seguridad al acompañante que

viaja a su lado. La prevención de así hacerlo, debe ser concretada, sí o sí, desistiéndose, en su caso, de iniciar el viaje, o haciendo descender al acompañante remiso. Ello así, además de admitida responsabilidad por inobservancia de necesaria precaución en el manejo de su rodado, corresponde adicionar la correspondiente, por la omisión de medida condigna, en salvaguarda de la seguridad de la actora, propia de su carácter de dueño y conductor responsable de la integridad física de la misma en ocasión y circunstancia del caso (conf. CN. Civ., Sala B, 8/4/04, elDial-AA2012).-

Como se puede apreciar si se carga la responsabilidad al conductor en caso de pasajeros adultos, con mayor razón debe adoptarse la misma solución si se trata de transportados menores de edad como en el caso de T. En consecuencia de todo lo expuesto es que habré de rechazar la defensa de la aseguradora consistente en el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad por ruptura del nexo causal entre la conducta del agente y las lesiones padecidas por el menor damnificado.-

5) En cuanto a la incapacidad sobreviniente, la citada en garantía negó que el menor padeciera algún tipo de incapacidad o secuela incapacitante, en subsidio solicitó la aplicación de una fórmula matemático financiera, descartando la fórmula "A." ya que se basa en un daño hipotético y no cierto, a lo que añade que la actora sostiene que la indemnización es a partir de los 21 años del menor y agrega que ello es así hasta los 65 años, edad en la que adquiere la jubilación. Finalmente señaló que por tratarse de un menor debe considerarse como base de ingresos el salario mínimo vital y móvil al momento del hecho y no a partir de octubre de 2019 como lo pretende la accionante (ver fs. 151/152).-

Sobre este rubro, la jueza de origen aplicó la fórmula matemático-financiera, por conducto de lo dispuesto por el art. 1746 del CCC (ver sentencia a fs. 503 vta., dos últimos párrafos/504, dos primeros párrafos). De acuerdo a la pericia médica de fs. 419/424 determinó que el menor presenta un grado de incapacidad parcial y permanente del 35,82% de "la total obrera y total vida", destacando que la pericia no fue impugnada. Tomó como capital, ante el monto incierto de los ingresos por tratarse de un menor, el salario mínimo, vital y móvil, pero a la fecha de la sentencia y no como pidió la aseguradora al momento del hecho (ver sentencia a fs. 504 vta./505).-

Encuentro que el SMVM que consideró la jueza resulta ajustado ya que dado que a la actual fecha la víctima continúa siendo menor de edad -actualmente cuenta con doce años de edad-, debe considerarse el salario que más se acerque a la fecha de comienzo de su vida laboral, por lo cual no asiste razón en este punto a la aseguradora. La sentenciante no aplicó la fórmula "A.", mas tomó como años de actividad de T. el período que transcurre desde los 21 años hasta los 72 años, de acuerdo a la vida útil según la esperanza de vida al nacer (ver sentencia a fs. 505 *in fine"*/vta., 1er. párrafo), en lugar de los 65 años requeridos por la citada en garantía como edad jubilatoria. La edad tenida en cuenta por la jueza resulta

adecuada, de hecho la expectativa de vida útil es la considerada por este Cuerpo en diversos precedentes, recientemente en SDC N° 04/24, del 04/04/24. Es que el rubro incapacidad no se refiere a lo meramente laboral de acuerdo a las normas previsionales, sino a la generación de ingresos hasta la edad apta para dicha generación, es decir, durante la vida útil. Es que la vida útil, en sentido amplio no importa el aspecto estrechamente laborativo, y no tiene, en los tiempos actuales, y en muchos casos, una duración menor que a la "vida física" (conf. Zavala de González, op. cit., T° 2 a, pág. 525). En consecuencia habré de confirmar en este aspecto el decisorio.-

Finalmente y dado que se consideró el SMVM al momento de la sentencia de grado, corresponde atender lo pedido por la aseguradora en cuanto a los intereses a computar sobre montos actualizados a una tasa pura desde el día del hecho hasta el momento en que la decisión adquiera firmeza (ver fs. 154, 2do. párrafo). Mas en este aspecto no existe confrontación con lo decidido, ya que la juzgadora determinó el inicio del cómputo de los intereses sobre este rubro en caso de no pago de la condena, recién una vez transcurridos diez días de notificada la sentencia a la tasa activa del banco provincial para operaciones generales vencidas y hasta el efectivo pago (ver sentencia a fs. 505, antepenúltimo párrafo). En consecuencia la decisión adoptada no contradice lo solicitado por la citada en garantía.-

En cuanto a los gastos futuros que requiriera la actora, y a los que se opusiera la aseguradora (ver fs. 152 *in fine*/vta., 1er. párrafo), los mismos fueron desestimados por la sentenciante (ver sentencia a fs. 505 vta., último párrafo/506, 1er. párrafo), por lo cual nada tiene que cuestionar la citada en garantía. Y lo mismo cabe decir con relación al daño psicológico que también fuera rechazado en el decisorio (ver postura de la aseguradora a fs. 152, último párrafo/153, dos primeros párrafos; y sentencia a fs. 506/507).-

Por último, en cuanto al tratamiento de la apelación implícita de la aseguradora, con relación al daño moral, dicha parte manifiesta que hoy se resarce "el precio del consuelo" y no "del dolor", considerando contradictorio que se base dicho ítem en la cuasi pobreza de la familia de la víctima, considerando que la suma requerida de $ 1.600.000 carece de toda racionalidad, y que no se describen los hechos en los cuales se sustentan los síntomas que afectan la esfera extrapatrimonial del menor víctima (ver fs. 153/154). Sobre este ítem la juzgadora, luego de mencionar el monto pedido en demanda, y de considerar las conocidas reglas detalladas por el maestro santafesino Mosset Iturraspe a los fines de la cuantificación de este concepto, consideró que el daño moral en T. se presume, dadas las características del evento y las lesiones que padeciera. Asimismo consideró la pericia psicológica de fs. 446/447, ateniéndose al "precio del consuelo" para la cuantificación de la indemnización -como pidió la citada en garantía-. Y con apoyo en citas jurisprudenciales consideró correcta la suma pedida de $ 1.600.000 (ver sentencia a fs. 507 vta./508 vta.). A la luz del razonamiento de la sentenciante que he sintetizado, no encuentro que la suma

requerida y otorgada fuera irrazonable si se considera que al día de hoy dicho monto representa en la moneda estadounidense la suma de u$s 1.600, monto que resulta razonable para adquirir una computadora más algún otro dispositivo electrónico que pueda ser útil y distractivo para T. Es cierto que dicha suma se cuantificó al momento de la demanda (28/02/2020, ver cargo de fs. 87), sin embargo se consideró actualizado hasta ese momento, por tal motivo la *a quo* determinó el cómputo de los intereses a la tasa pura del 6% -como lo requirió la citada en garantía- desde el momento del hecho hasta la fecha de promoción de la demanda, y de allí en más hasta el efectivo pago la tasa activa ya referenciada (ver sentencia a fs. 508 vta., pto. Intereses). En consecuencia encuentro adecuado el monto reconocido.-

A la luz de todo lo expuesto en este considerando, propongo el rechazo de la apelación implícita de la aseguradora, si bien respecto de los rubros "gastos futuros" y "daño psicológico", no existió necesidad de examinar sus argumentos por cuanto se decidió de acuerdo a la postura que asumiera.-

6) Corresponde tratar ahora el recurso de apelación de la demandada. La misma cuestiona que se le impusieran totalmente las costas (ver sentencia a fs. 509vta., 2do. párrafo). El argumento de la accionada radica en que se reclamaron cuatro rubros y de los mismos se rechazaron dos (gastos por tratamiento futuro y daño psicológico), por lo tanto entiende que la sentencia rechazó la mitad de los ítems pedidos, debiéndose readecuar la imposición de costas (ver ID 1377151 a fs. 532/vta.).-

Al respecto habré de decir que si bien es cierto que de los cuatro rubros reclamados se rechazaron dos, cabe agregar que la actora resultó victoriosa en la cuestión nodal de la atribución de la responsabilidad. Por lo tanto, si bien corresponde readecuar la imposición de las costas, ello nunca podrá generar una distribución en un 50% a cada parte. Sobre esta cuestión me he expedido con anterioridad, señalando que es sabido que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140). Y en similar orden de

ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. de R. c/ C. C. y otro”, SD 03/93).-

Al respecto habré de recordar que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465).-

Ahora bien, en la especie no se trató de que no se acogieron cuantitativamente los montos reclamados por la actora, sino que se rechazaron dos rubros, por lo cual parcialmente la accionante resultó perdidosa. Es así que habiendo triunfado en la cuestión principal de la atribución de responsabilidad, coincidiré con el Dr. Lucero en cuanto a que resulta ajustado a derecho revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de imponer las costas de grado en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora, por reflejar tales porcentuales la ganancia y pérdida parcial de cada parte de manera adecuada (conf. art. 72 del rito).-

7) Por último ha de examinarse el recurso de apelación de los letrados de la actora por sus honorarios, los que consideran escasos (ver ID 1194149 a fs. 512). Los mismos actuaron como letrados patrocinantes y sus emolumentos fueron establecidos, en conjunto, en un 17% (ver sentencia a fs. 509 vta., 3er. párrafo). Dado que usualmente este Cuerpo regula los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte vencedora en un 14%, y teniendo en cuenta que se rechazaron dos rubros de los requeridos en la demanda, la regulación cuestionada no sólo no resulta escasa sino que hasta resulta mayor que el promedio que se suele establecer.-

Por tal motivo es que comparto lo propuesto por el Dr. Lucero en cuanto a rechazar este recurso, sin costas porque no las genera la materia regulatoria.-

II.- En consecuencia de lo anterior, procede revocar parcialmente la sentencia apelada, a efectos de tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1 de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, incs. a) y b) del CCCN; y en consecuencia dejar sin efecto el pto. 1) de la parte resolutiva de la misma, haciendo extensiva la condena *in solidum* a la citada en garantía "S. Cooperativa de Seguros Limitada; y a los fines de imponer las costas de grado en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora.-

En cuanto a las costas de Alzada, dado que la actora resultó victoriosa en su apelación, las mismas se imponen a la citada en garantía "S. C. de S. L." (conf. art. 69 del CPCC).-

Respecto a los honorarios por los trabajos realizados en esta sede, dado el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de los trabajos desarrollados, encuentro ajustado a derecho fijar los de los letrados patrocinantes de la actora, Dres. F. A. P. y D. M. Z., en conjunto, en un 5,95%; a los letrados apoderado y patrocinante de la citada en garantía, Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 3,85%; y al letrado apoderado de la demandada, Dr. M. E. G. A., en un 2,75%; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).-

A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Guillermo Nicolás Walter dijo:

1.- ACLARACIÓN PRELIMINAR.

Me corresponde en esta oportunidad dirimir la disidencia habida entre los colegas que me antecedieron en la votación, en cuanto lo relativo a la autonomía recursiva de la citada en garantía y, eventualmente, la necesidad de tratar la apelación implícita sobre sus defensas. Con ello entonces deben quedar delimitadas las cuestiones que debo resolver, en tanto en las restantes materias donde ha existido acuerdo de mis colegas no debo hacerlo. Así, en virtud de las coincidencias expresadas en los votos precedentes en relación a la mayoría de cuestiones planteadas por las partes al fundar los recursos interpuestos, me remito al relato de los hechos e individualización que los mismos efectuaron al respecto.

2.- POSTURAS PLANTEADAS POR LOS MAGISTRADOS PREVOTANTES.

2.1. En primer lugar, el Dr. Lucero sostiene que la aseguradora no tiene autonomía recursiva para cuestionar el fallo de primera instancia si el asegurado no apela también la sentencia. Argumenta que la relación procesal principal está entre el asegurado y el actor, y la aseguradora actúa como un tercero obligado. La legitimación para apelar se deriva de la relación jurídica procesal directa entre el actor y el asegurado. La aseguradora, como

tercero citado, no puede sustituir al asegurado en la voluntad de recurrir, si este decide no hacerlo. La figura del tercero citado implica una subordinación en términos de la estrategia procesal, donde el asegurado es el principal interesado en la decisión judicial. Permitir que la aseguradora apele autónomamente podría romper el principio de congruencia procesal, dado que el objeto del recurso podría diferir del inicialmente planteado por el asegurado. La congruencia entre las pretensiones del asegurado y las defensas de la aseguradora es fundamental para mantener la coherencia del proceso. La apelación autónoma de la aseguradora, cuando el asegurado no apela, introduce un elemento de dilación innecesaria en el proceso, contradiciendo el principio de economía procesal. Así, dice el colega que evitar recursos innecesarios ayuda a mantener la eficiencia y efectividad del sistema judicial.

2.2. Por su parte, el Dr. De Cunto disiente con el primero respecto a la autonomía recursiva de la aseguradora cuando el asegurado consiente la sentencia en su parte sustantiva. Argumenta que la aseguradora debe ser considerada como "parte" en el proceso y, por lo tanto, tiene derecho a todos los beneficios procesales, incluyendo la apelación, independientemente de la actitud del asegurado. Cita varios antecedentes en los que sostuvo esta postura, indicando que la aseguradora debe poder defenderse completamente y no estar subordinada a la diligencia o inercia del asegurado. Señala que la jurisprudencia mayoritaria considera que en los casos donde la *litis* se integra con el presunto responsable del daño y su aseguradora, se configura un litisconsorcio pasivo, pero no necesario. Esto significa que la aseguradora puede actuar independientemente del asegurado, incluso presentando defensas o recursos que el asegurado no dedujo, para proteger sus propios intereses y evitar que una eventual condena afecte su responsabilidad. Cita varios casos y doctrinas que apoyan la idea de que la aseguradora tiene autonomía recursiva. Menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que la aseguradora tiene legitimación procesal para recurrir un pronunciamiento adverso, independientemente de la actitud del asegurado, ya que la condena también afecta a la aseguradora. Además, explica que si la aseguradora tiene éxito en su apelación, los efectos favorables pueden propagarse al asegurado, incluso si éste no recurrió. Sin embargo, aclara que esta propagación de efectos depende de la naturaleza de la defensa o recurso presentado. Por ejemplo, si se demuestra que el actor no tiene legitimación activa, esto beneficiará a ambos litisconsortes. Finalmente, destaca que la cosa juzgada debe examinarse por separado para cada litigante cuando no hay litisconsorcio necesario. Concluye que, si se demuestra que el actor carece de legitimación activa, esta falta de legitimación se aplica a todos los codemandados, incluso en un litisconsorcio facultativo. Por todas estas razones, el segundo colega sostiene que debe considerarse la apelación implícita de la citada en garantía.

2.3. En síntesis, mientras que un colega sostiene que la aseguradora no tiene esta autonomía y debe seguir la misma postura que el asegurado, el otro argumenta que la aseguradora, como parte procesal autónoma, tiene derecho a apelar independientemente de la actitud del asegurado, para proteger sus propios intereses y evitar que la condena afecte su responsabilidad. La cuestión que debo dirimir, entonces, es si la aseguradora tiene la autonomía recursiva para apelar un fallo de primera instancia cuando el asegurado ha consentido la sentencia en su parte sustantiva.

3.- CONSIDERACIONES DE LA SOLUCIÓN A PROPONER.

3.1. Autonomía recursiva de la aseguradora.

3.1.1. De manera preliminar debo anticipar que ya me he expedido sobre esta cuestión en algunas oportunidades, a partir de mi pronunciamiento en la sentencia de este Tribunal, individualizada como SDC N° 08/2022.

3.1.2. Advertí en aquella primera ocasión que esta cuestión ha sido motivo en la Sala de interesantes debates en su anterior composición, siendo posición mayoritaria la que admite la mentada autonomía recursiva en estos casos.

Vale destacar que sobre el tópico existen tres posturas: a) tesis que niega la autonomía de la aseguradora para recurrir; b) tesis que afirma la autonomía recursiva de la aseguradora y que propaga al asegurado el efecto favorable de los recursos de aquélla; y c) tesis que afirma la autonomía recursiva de la aseguradora, pero niega esa propagación de efectos beneficiosos (conf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, T. 3, Editorial Hammurabi S.R.L., 2da. ed., 1997, págs. 534/535).

Al respecto, tengo para mí que la citación en garantía consagrada en el art. 118 de la ley 17.418 constituye una variante positiva de la intervención coactiva de terceros prevista en el art 94 del CPCC, en la que se reconoce al tercero citado como litisconsorte, con facultades idénticas a las de la parte, lo que se compadece con las necesidades de alegación, prueba y recurso que se le presentarán al tercero. Así, desde el punto de vista procesal, al estar la aseguradora demandada junto con el asegurado, se forma un litisconsorcio pasivo facultativo, voluntario anómalo, por lo que es una parte más, independiente de las otras (confr.: SCBA, DJBA 117-117, 119-520, Sup. Prov. L.L., v. 981, pág. 1; Cám. Apel. 1ª La Plata, salaII, JUBA, base SCSBLP, sum. 150.010; FassiYáñez, "Código Procesal...", t. I, p. 491, núm. 10 y nota 21; Alsina, "Derecho procesal", t. I, p. 570 y nota7/1, 2ª ed.; Podetti, "Tratado de la tercería", p. 360, núm. 65, 2ª ed., 1971).

Ha sido dicho al respecto que “el art.118 de la ley de seguros consagra en verdad —desde la perspectiva procesal— una citación de terceros "sui generis" con la característica de la intervención coactiva que se encastra en la normativa del art. 94 del ordenamiento procesal antes referido, y que convierte al citado en una verdadera parte con amplias

facultades defensivas, y por ende impugnatorias; a tal punto que la sentencia que se dicta hace cosa juzgada contra el asegurador y puede ser ejecutada contra éste en la medida del seguro como surge del art. 118 apartado 3 de la ley 17.418 (conf. art. 96 CPCC); por lo cual entonces es indudable que tiene la posibilidad de atacar la sentencia antes de que se convierta en inalterable, pudiendo en tales casos por vía de ejemplo impugnar en el caso que el asegurado entre en una connivencia con el tercero, o si simplemente ejercita una actitud negligente en el proceso" (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 11/2/99, "Iturbe,Roberto Santiago v. Galimberti, F. Rafael s/ Daños y perjuicios", en Juba sum. B352730).

Por tanto, la citación a la aseguradora en garantía no se limita a una mera convocatoria o vista, sino que significa para ella el ejercicio de una acción en su contra, de la cual puede ser condenada y ejecutada en su patrimonio hasta obtener el pago forzado. De ello, se deriva naturalmente que pueda contar con la facultad de defenderse, lo que incluye la facultad de impugnar la resolución que lo condena (conf. C. Nac. Civ., sala I, 30/3/95, "López de Vázquez, Azucena v. F., Marcelo", JA 1996-IV-síntesis; Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rubén, "Intervención procesal del asegurador citado en garantía", J.A. 1987-IV, 843; Halperín, Isaac, "Seguros", Depalma, 3ra. ed. actualizada y ampliada por Barbato, Nicolás H., 2001, pág. 754; Roitman, Horacio, "El seguro de laresponsabilidad civil", Lerner Ediciones, 1974, págs. 198/199).

Encuentro tal razonamiento de total lógica y sentido común, por lo cual —necesariamente— se debe brindar al asegurador la posibilidad de ejercer su defensa con total libertad y amplitud, porque de otro modo el cercenamiento de sus facultades estaría en colisión con lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional, al impedir o limitar sensiblemente su defensa en juicio, que es un derecho de máxima grada al que no se pueden oponer ritualismos o interpretaciones opinables de normas aisladas (conf. CAT, Sala A, SDC N° 17/2009).

De modo que, como también ha reconocido la Cámara Nacional de Comercio, la aseguradora como citada en garantía, por ser parte, se encuentra en condiciones de ejercer la totalidad de los actos procesales con absoluta autonomía, pudiendo —consecuentemente— recurrir las decisiones judiciales, incluso en caso que su asegurado no lo haga (conf. CNCom., sala B, 29/12/92, "Caledonia Argentina Cía. de Seguros SA v. Aráoz Norte SRL S/ Ord", en AbeledoPerrot online documento Nº: 11.177581111.17758).

Esta también es la doctrina que surge del fallo plenario de la Excma. Cámara Nacional Civil en el precedente "Flores c/ Robazza", así como la posición mayoritaria de ambas Salas de esta Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, punto de vista que —como vengo diciendo— comparto (CNCiv., en pleno, 23/9/91, "Flores, Oscar J. c. Robazza,

Mario O.”, LA LEY 1991-E, 662 y DJ 1992-1, 385; CAT, Sala B, SDC N° 22/2019, SDC N° 15/2008; SDC N° 18/2009; CAT, Sala A, SDC N° 17/2009; entre muchas otras).

No puedo tampoco dejar de mencionar —como surge del plenario citado— que un argumento de peso para sustentar esta posición es que el art. 116 de la Ley 17418 sostiene que el asegurado no puede reconocer su responsabilidad ni celebrar transacción sin la conformidad del asegurador, resultado al que se puede arribar indirectamente mediante el consentimiento de la sentencia por el asegurado; impidiéndole a quién la va a pagar —en definitiva— cuestionar su regularidad jurídica o su monto. Ello, claramente, puede favorecer la confabulación entre víctima y asegurado en perjuicio del asegurador, repugnando así el texto y espíritu de la norma citada.

Por otro lado, desde un punto de vista sustancial, también se ha dicho que se está en presencia de obligaciones concurrentes, lo que deriva en que sus titulares puedan transitar todas las instancias en defensa de sus derechos. Se trata, en definitiva, de una acción directa, aunque no autónoma, para hacer valer una obligación concurrente y el emplazamiento también confluye en un litisconsorcio facultativo. Por tanto, no existiendo solidaridad entre los codemandados, se debe reconocer autonomía de actuación a cada uno de los colegitimados pasivos (conf. Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. II-A, p. 589, núm. 1287; Salvat y Acuña Anzorena, t. IV, p. 188, núm. 2854; Busso, "Código Civil...", t. V, p. 92, art. 699, núm. 32, 1; Belluscio, "Código Civil...", t. 3, p. 304, núm. 9, d).

Ahora bien, en esta clase de litis-consorcio, según la doctrina que prevalece entre los autores del derecho procesal, el recurso de uno de los litis-consortes no beneficia —en principio— a los demás, aunque también se ha sostenido que la apelación de uno de los demandados determina que la resolución de Alzada tenga efectos respecto de los demás, como consecuencia del fundamento de la institución que es impedir la existencia de sentencias contradictorias (conf. Fassi, "Código Procesal...", t. I, p. 298, núm. 771; D'Alessio y Yáñez, "Código de Procedimientos...", t. I, p. 369; Palacio, "Tratado...", t. III, p. 224, núm. 261, 4°; Fenochietto y Arazi, "Código Procesal...", t. I, p. 317, núm. 8; Calamandrei, "Estudios sobre el proceso civil", p. 587, Buenos Aires, 1961; Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales...", t. II, p. 444)”.

No es un tema menor tampoco que el principio de indemnidad en materia asegurativa implica que el asegurador debe asumir la defensa del asegurado, haciéndose cargo de dichos gastos. Así, en el común de los casos, la defensa de ambos será uniforme, no bifurcándose sus caminos, salvo que exista un supuesto de rechazo de cobertura —donde lógicamente sus planteos serán diversos, como señalaré infra— o el asegurado haya asumido su propia defensa, supuestos en donde su situación defensiva puede diferir, lo que

—claramente— no puede limitar las facultades recursivas de la aseguradora (conf. Art .110 LS; CAE, SDC N° 60/2014).

Cabe aclarar que, cuando los planteos realizados en el pleito por el asegurador y el asegurado, como por ejemplo sería la exclusión de cobertura invocada por el primero, es lógico que la aseguradora tenga interés en recurrir la sentencia si, por ejemplo, la sentencia de primera instancia rechaza aquella exclusión. En este caso, justamente donde existe un conflicto de intereses entre la aseguradora y el asegurado por la exclusión de cobertura invocada, entiendo que cabe otorgar a la aseguradora la calidad de litisconsorte pasivo autónomo, postura que le permite intervenir con total independencia procesal, autonomía por la que goza también del derecho a recurrir de la sentencia aun cuando no lo hiciere el asegurado.

Por su parte, en cuanto al efecto que tiene frente al asegurado el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, en caso que sea absolutorio para ésta cuando aquel no impugnó el fallo de primera instancia, debe señalarse que el principio general pondera que se trata de un litisconsorcio facultativo, por lo que si uno solo de los litisconsortes apela la sentencia, su revocación por el Tribunal de Alzada no beneficiará a los restantes. Ello en tanto tiene un particular interés la decisión consciente del asegurado de consentir, aceptar, la sentencia de primera instancia, por lo que debe someterse a la misma (conf. Aréan, Beatriz A., “Juicio por accidentes de tránsito”, Editorial Hammurabi, 2006, T. 3, págs. 1013/1014). Es una conclusión que parte del sentido común sostener que, si una de las partes con autonomía procesal durante todo el trámite ha decidido consentir una resolución judicial, no puede luego pretender —sin más— que los efectos favorables que ha tenido la impugnación de otra parte también le sean aplicables.

De esta manera, si el asegurado consintió una sentencia desfavorable que la aseguradora recurrió con éxito, este beneficio no se propaga a aquél. Es decir, se afirma la exclusividad para la aseguradora del beneficio de sus recursos, de modo que la condena dictada en primera instancia contra el asegurado hace cosa juzgada sólo contra este mismo. Esto no agrede la cosa juzgada ya obtenida por la víctima con la condena que el asegurado dejó firme, en tanto ésta se debe examinar discriminadamente para cada litigante, en casos donde no hay litisconsorcio necesario (conf. Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Editorial Hammurabi, 2da.ed., 1997, T. 3, par. 70, pág. 540).

Ahora bien, entiendo que existen algunas excepciones a este principio general que tienen que ver también con el sentido común y las reglas de la lógica, en tanto uno de sus principados señala que algo no puede “ser” y “no ser” al mismo tiempo y en el mismo lugar. Así, por ejemplo, si la sentencia absolutoria de la alzada se funda en la inexistencia del daño indemnizable o supuestos de hechos comunes como es la mecánica del accidente. Asimismo, en el supuesto de falta de legitimación activa para obrar, una parte no puede

estarlo frente a la acción para una parte sí y para otra no, ya que si bien en materia de litisconsorcio facultativo existe autonomía de los sujetos procesales no ocurre así cuando sean “hechos comunes” que tengan que ser examinados respecto de todos, por lo que las actuaciones de interés común cumplidas por un litisconsorte en principio benefician a todos los demás (conf. esta Sala, SDC N° 03/2012, voto del Dr. Vergara, con cita a Arazi-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 349; SCBA, Ac. Y Sent., 1965, v. I, p. 266; esta Sala, SDC N° 33/2004; SDC N° 19/2013; SDC N° 01/2015; Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, pág.224; Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial ...”, 1985, T. II-B, pág. 339, y cita de fallo).

De modo que, salvo en casos de exclusión de cobertura o rechazo del siniestro, el asegurado siempre tiene la posibilidad de alinearse con la postura procesal de la aseguradora. En última instancia, es la aseguradora quien debe mantener indemne al asegurado y esa es —en definitiva— la causa fin del contrato de seguro. Así, si el asegurado decide no recurrir la sentencia, esto constituye un acto voluntario de confirmación de dicha resolución. Esta actitud no puede ser cuestionada simplemente porque el asegurado sepa que, en cualquier caso, la aseguradora deberá hacerse cargo. Tal situación afecta decididamente el derecho de defensa en juicio de la aseguradora, derecho que tiene una base constitucional y convencional clara.

3.1.3. Así las cosas, como lo adelantó el Dr. De Cunto, corresponde tratar los agravios de la aseguradora. En caso de prosperar la queja, sólo beneficiará a la aseguradora, no expandiendo los efectos del eventual éxito a la demandada asegurada.

3.2. Apelación implícita – Relación de causalidad – Cinturón de seguridad.

3.2.1. En atención a la resolución de la cuestión anterior, me veo en la obligación de tratar los agravios planteados por la aseguradora en contra de la sentencia de primera instancia.

3.2.2. Es relevante recordar que la doctrina de la apelación implícita permite a la Alzada considerar todas las argumentaciones planteadas por las partes en la primera instancia, tanto las esgrimidas por el actor como las defensas opuestas por la demandada.

En el caso presente, la aseguradora planteó la falta de nexo causal debido a la omisión del uso del cinturón de seguridad por parte de la persona menor de edad, T., como una defensa de fondo.

Al respecto, la sentencia de primera instancia abordó esta cuestión al concluir que la causa adecuada del accidente fue la conducción imprudente del asegurado, fundamentándose en la prueba pericial realizada. No obstante, la falta de análisis específico sobre la omisión del cinturón de seguridad y su incidencia en el resultado dañoso podría

interpretarse como una omisión en la valoración integral de todas las defensas planteadas por la aseguradora, por lo que debe hacerse en este espacio.

3.2.3. El presente caso versa sobre la responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito en el cual resultó lesionado una persona menor de edad, llamada T., quien viajaba como pasajero en un vehículo conducido por su tío. La aseguradora, en su calidad de citada en garantía, ha objetado la sentencia de primera instancia que la condena al pago de una indemnización a favor del nombrado y su madre.

La discusión central gira en torno al nexo causal entre el accionar del conductor del vehículo y las lesiones sufridas por el niño. El Dr. De Cunto ha resaltado que la sentencia de primera instancia concluyó que la causa adecuada del accidente fue la conducción imprudente del asegurado, quien circulaba a una velocidad excesiva, perdiendo el control del vehículo y provocando el vuelco del mismo. Esta conclusión se fundamentó en la pericia accidentológica realizada en el marco de la causa penal correspondiente.

La sentencia de primera instancia basó su decisión en este informe incorporado al expediente penal, sobre el cual el apelante no realiza ningún reparo, el cual concluyó que el accidente fue provocado por la conducción imprudente del asegurado, quien circulaba a una velocidad considerablemente alta y perdió el control del vehículo. Esta pericia detalla las circunstancias del accidente, la velocidad a la cual se desplazaba el vehículo y los eventos que llevaron a su vuelco.

3.2.3. Sobre esta cuestión, ya se ha dicho que en estos casos la falta de colocación de los cinturones de seguridad incide en el agravamiento del daño, pero no en la causa de su producción. En la doctrina y jurisprudencia actual se sigue el criterio que excluye la omisión de uso del cinturón de seguridad como hipótesis de interrupción del nexo causal (por hecho de la víctima), para encuadrarla como eventual factor de agravamiento del daño. En esta línea, si bien la omisión de utilizar el cinturón de seguridad constituye una infracción reglamentaria que puede tener repercusión en la producción del agravamiento de las lesiones personales en la medida que guarden conexidad con el daño que se pudo evitar o aminorar, en principio, carecen de efectos causatorios del hecho, ya que sólo inciden en la magnitud de las lesiones (conf. CAT, Sala A, SDC N° 08/2020, voto de la Dra. Cordón Ferrando, con cita a CA Azul, Sala II, se. 29/04/2008, LL 2008-E-496).

Para esta cuestión también debe revisarse el concepto de causalidad, el que es fundamentalmente lógico y se refiere a la conexión entre la causa y el efecto. La causa de un hecho dañoso es la condición que se considera "adecuada" para producir el daño como resultado. Jurídicamente, se entiende como causa la condición que es apta e idónea para provocar el resultado, basándose en lo que normalmente ocurre según el orden ordinario de los eventos. La relación de causalidad relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce (conf. Orgaz, "El daño resarcible", 1960;

Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"; Goldenberg, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", 2000).

Para establecer la causalidad, entonces, se utiliza la "prognosis póstuma del hecho", que verifica si el factor considerado tiene suficiente virtualidad para producir el efecto sobrevenido. La relación de causalidad adecuada abarca no solo los casos en que es causa directa del daño, sino también aquellos en que el daño es posible debido al ejercicio regular o no de las tareas encomendadas al agente. Si no hubiera existido el antecedente, el daño presumiblemente no habría ocurrido (conf. STJCh, SD N° 20/1991; SCBA, DJBA 158-100; CAT, Sala A, SDC N° 19/2009 y SDC N° 1/2010).

La Ley Nacional de Tránsito y sus normas reglamentarias regulan el uso de la vía pública y son aplicables a la circulación de personas, animales y vehículos terrestres en la misma, y a las actividades vinculadas con el transporte, los vehículos, las personas, las concesiones viales, la estructura vial y el medio ambiente, en cuanto fueren con causa del tránsito (art. 1°). Es decir, sus disposiciones no son solo aplicables a quienes conducen sino a todos aquellos que se encuentran involucrados con el tránsito, entre ellos los pasajeros, quienes deben cumplir con sus distintas reglas y disposiciones.

Ahora bien, es un imposición legal contenida en el art. 40, inc. "k" de la Ley Nacional de tránsito (adherida por nuestra provincia) el uso del cinturón de seguridad, al señalar que es indispensable para la circulación “que sus ocupantes usen los correajes de seguridad en los vehículos que por reglamentación deben poseerlos”. Así, la omisión en el uso apareja el potenciamiento del riesgo propio derivado de un automóvil en circulación. En tal sentido se ha dicho que tal elemento contempla la seguridad pasiva, pues su función consiste en atenuar los efectos del siniestro vial en lo referente a las eventuales lesiones de los ocupantes. El cinturón tiene por objeto impedir la proyección de la masa del cuerpo por el efecto de la inercia para el caso de frenado brusco, colisión o como en la especie vuelco (conf. CAT, Sala B, SDC N° 15/2005).

Su omisión es una falta propia del pasajero, en tanto no cumple con el comportamiento esperado que supone la existencia de un deber jurídico de obrar en determinada forma. Se la ha calificado así, de hecho, como una negligencia de gravedad (conf. CAT, Sala A, SDC N° 33/2001 y SDC N° 14/2015; CNCiv., Sala "J", 26/3/96, L. L., 1998-C-969, J. Agrup., caso 12.780; Tabasso, Carlos, “Fundamentos del Tránsito –jurídicos, técnicos y accidentológicos”, Ed. Julio César Faíra, año 1995, V. 2, pág. 290). Es por eso que se ha dicho que la infracción a la normativa de tránsito consistente en no colocarse el cinturón de seguridad puede constituir el hecho de la víctima liberatoria —en todo o en parte— de la responsabilidad del causante del accidente con relación a los daños en sí mismos (arts. 1111 y 1113 Cód. Civ; CC0002 AZ 51466 RSD-51-8 S 29/04/2008, “A., H. M. y otros

c/Q., C. y otros s/Daños y perjuicios; CC0002 AZ 51467 RSD-51-8 S 29/04/2008, G. de S., M. c/A., H. M y A., A. R. s/Daños y perjuicios, Sumario JUBA B3101382).

Sin embargo, la falta de uso del cinturón de seguridad no es un argumento válido por sí mismo para romper el nexo de causalidad y eximir de responsabilidad al autor material del daño, sino que *la incidencia causal de la omisión debe ser analizada caso por caso, no siendo válidas las generalizaciones y las muletillas*. Así, por ejemplo, se ha dicho que la violencia brutal de un choque con la destrucción completa de la cabina del vehículo y la muerte de sus tripulantes descartan de plano el argumento de la relación causal de la falta de uso del cinturón, puesto que el resultado luctuoso se hubiera producido de cualquier manera (conf. CAT, Sala A, SDC N° 16/2013).

No se me escapa que el art. 77, inc. t de la Ley de Tránsito sostiene que es una infracción grave “la conducción de vehículos sin que alguno de sus ocupantes utilice el correspondiente correaje de seguridad”. Sin embargo, tengo en cuenta también que ello se establece a los fines de determinar responsabilidades contravencionales o de orden reglamentario, que pueden tener repercusión en la producción o en el agravamiento de las lesiones personales en la medida que guarden conexidad con el daño que se pudo evitar o atenuar (conf. CAPM, SDC N° 19/2012).

En definitiva, jurisprudencialmente se ha sostenido que se puede atribuir causalmente responsabilidad a la víctima en la producción o agravamiento de los daños cuando ésta incumple el deber de realizar las "diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo, y del lugar" de acuerdo al artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que se puede incluir —sin lugar a dudas— su deber a usar el cinturón de seguridad que la ley de tránsito exige, como conducta antijurídica. Se califica a dicha conducta, entonces, como ausente de la diligencia que el caso exige (conf. STJ Jujuy, 08/11/2012, “B., C. C. c. S., N. L. s/ordinario por daños y perjuicios”, TR LALEY AR/JUR/66592/2012).

3.2.4. Ahora bien, la posición que ha asumido la aseguradora en este expediente a través de su letrado apoderado es que T. S. F., quien a la fecha del accidente *era un niño de cinco (5) años* (h. 1), no usaba el cinturón de seguridad correspondiente, por lo que debe atribuirse a dicha circunstancia la entidad suficiente para romper el nexo de causalidad atribuido a la conducción imprudente del conductor del rodado, en relación a las lesiones sufridas por el menor.

Según los informes que surgen de la causa penal, el vehículo siniestrado se encontraba ocupado en la oportunidad por cuatro personas adultas, además del pequeño T., sindicando la aseguradora que —en realidad— fue una falta de éste la circunstancia de no haber advertido que debía usar aquel elemento de seguridad, el cual implica una maniobra particular para una persona de tales características.

Por el contrario, no merece mayores discusiones recordar que en el derecho civil el "hecho de la víctima" no comprende los actos ejecutados por las personas menores de 10 años, ya que la ley entiende que carecen de discernimiento y voluntad, elemento esencial para considerar la responsabilidad de una persona por un determinado evento. Es por ello, que en el supuesto de haber algún tipo de eximente de responsabilidad en ese aspecto, solo podría fundarse en las tareas de cuidado que ejercían los progenitores del niño o quienes ejercían su guarda o cuidado en el momento; argumento defensivo que no fue introducido en la *litis* por ninguna de las partes, incluyendo la citada en garantía.

Los arts. 25 y 261 del Código Civil y Comercial de la Nación disponen que los actos ilícitos practicados por menores de diez (10) años deben ser reputados sin discernimiento cuando fuesen ejecutados por cualquier menor impúber. El discernimiento es la facultad que tienen las personas para apreciar las consecuencias de sus actos, ya que es poder juzgar las diferencias existentes entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (BueresHighton, "Código Civil…", 1998, t. II-B, Hammurabi, pág. 418).

A su vez, conforme el art. 260 del mismo código, los hechos realizados sin discernimiento no son voluntarios. En consecuencia, por más que el menor tenga aptitud física para realizar ciertos actos, como podría ser colocarse un cinturón de seguridad, no le resultan imputables ni le producen obligación alguna. El código considera que a partir de los diez años existe entendimiento para distinguir lo bueno de lo malo, o si se quiere, lo permitido y lo prohibido. Por ello, tratándose de un menor de 5 años, como es el caso en análisis, no puede hablarse del "hecho de la víctima", cobrando relevancia jurídica la conducta de los progenitores o quienes se encontraban ejerciendo la custodia del niño. El deber de cuidado que se debe tener sobre un niño de cinco años impone, no sólo tener en cuenta su edad, sino su desarrollo y las circunstancias de tiempo y lugar, y a partir de allí discernir su esfera de actuación conforme a estos parámetros (conf. CC0201 LP 128799 RS 117/21 S 18/05/2021, Ruiz, N. Alejandra C/Consorcio De Copropietarios Calle 60 N° 1629 S/Daños Y Perjuicios, Sumario JUBA B258423).

De manera que, independientemente que T. pudo (o no) estar usando su cinturón de seguridad, se trataba éste a la fecha del siniestro de un niño de cinco años, quien carecía del discernimiento necesario para advertir que su uso es necesario a fines de evitar ciertos daños. Por el contrario, es el conductor del vehículo quien tiene el deber legal primario y moral de velar por la seguridad de todos los pasajeros, especialmente de una persona menor de edad. Como indique anteriormente, la jurisprudencia ha establecido que el conductor debe adoptar todas las medidas razonables para garantizar un transporte seguro, incluyendo el cumplimiento de las normativas de tránsito y la utilización de dispositivos de seguridad como el cinturón. En este sentido, la responsabilidad del conductor no puede eludirse únicamente atribuyendo las lesiones al comportamiento del pasajero, sobre todo cuando se

trata de un menor de edad incapaz de discernir completamente sobre los riesgos asociados a la falta de uso del cinturón de seguridad.

3.2.5. La cuestión no queda allí ya que —además— nada ha probado el asegurador en el expediente sobre esta relación de causalidad que atribuye a la falta de uso de cinturón de seguridad por el pequeño T. Se ha limitado a señalar que el hecho que la persona menor de edad haya sido "despedida" de su habitáculo se debió —en su asunción— a la falta de uso de ese elemento; más no ha producido ninguna prueba que acredite este supuesto. Por el contrario, puede ser que el vehículo no haya tenido cinturones de seguridad; puede ser que estos hayan estado dañados o hayan fallado; puede ser que los haya utilizado y el niño igualmente se haya desprendido de los mismos. Nada se ha dicho (ni probado) respecto de la posición final del niño tras el vuelco; la distancia a la que se encontró del vehículo; entre otras circunstancias que pudieron ser relevantes sobre el acontecimiento.

No puede olvidarse la aseguradora que la noción de daño resarcible se vincula con un hecho que debe ser su causa adecuada e imputable a otra persona, ya que ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad. Y cuando hablamos del mundo de los hechos, necesariamente tenemos que pensar en términos de prueba producida y omitida, por cuanto también es veterana la frase que indica que "todo lo que puede ser dicho sin prueba, puede ser negada sin ella" (conf. CAPM, SDL N° 14/20149).

Esto lo enseñó ya Chiovenda hace mucho tiempo en cuanto que la carga de la prueba reposa sobre quien pretende crear en el convencimiento del Tribunal la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fuente de sus derechos reclamados. A ello se suma el art. 377 CPCC, distribuye entre las partes esa responsabilidad, otorgando al juzgador una verdadera regla de juicio sobre los hechos esenciales no probados por los litigantes: la ausencia de prueba determinará el contenido de la sentencia (conf. Chiovenda - Instituciones de Derecho Procesal - Tomo III - pág. 204; STJCh, SD N° 21/SCA/2015).

No escapa de esta lógica la responsabilidad objetiva que se debate en este caso, ya que el propietario o guardián de la cosa que produjo el daño debe acreditar, para eximirse de responsabilidad, una causa ajena que destruya el nexo causal, es decir, demostrar que el hecho, de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder, que haya tenido incidencia causal determinante y excluyente en la producción del siniestro. En ello, también resulta necesario un paso anterior a la demostración de este hecho que podría interrumpir el nexo causal y es su alegación. Alegación y prueba son institutos distintos que por su naturaleza diferente no se confunden: mediante la alegación se introducen al proceso datos fácticos; a través de la prueba, se aportan elementos de juicio para formar la convicción del juzgador acerca de la veracidad de las anteriores (conf. CAT, Sala A, SDC N° 10/2022).

En este punto debe destacarse que puede criticarse la posición de la aseguradora en virtud que la “evidencia” que marcó en la vinculación causal de la falta de uso del cinturón de seguridad con los daños debió ser explicada y, sobre todo, acreditada. Es decir, no correspondía darla por sobreentendida sino que debió haber realizado un análisis concreto de las circunstancias del caso para explicar porque entendió viable aquella vinculación, en tanto no proceden las generalizaciones en materia de causalidad. Como se ha dicho, “la causalidad es el reino de la concreción, de lo particular, del caso concreto; en ella las divagaciones, las generalizaciones excesivas y las abstracciones desmesuradas, tienen efectos nocivos, motivo por el cual no debe en este plano echarse mano a ocurrencias ajenas o frases hechas, sino verificar con detalle y minuciosidad los hechos probados de la causa, evaluando lo que era previsible para un sujeto de condición media, al momento del evento dañoso (conf. CAT, Sala A, SDC N° 11/2013).

Es fundamental destacar que la pericia accidentológica producida en causa penal no hace mención explícita a la omisión del uso del cinturón de seguridad por parte de T. como una causa determinante del resultado dañoso. Este aspecto es relevante porque la aseguradora argumenta que la falta de utilización del cinturón de seguridad fue un factor determinante para las lesiones sufridas por el menor, sugiriendo que esta omisión constituye una causa eficiente e independiente del accidente.

En casos de accidentes de tránsito, la pericia accidentológica es esencial para determinar la mecánica del accidente y probar aspectos como la velocidad del vehículo y las causas del siniestro, siendo considerada infungible y técnicamente indispensable. Así, aunque es posible apartarse de un dictamen pericial, esto solo es justificado por razones serias y objetivas que demuestren convincentemente que el peritaje es incorrecto, lo cual no se ha demostrado en este caso (conf. arts. 386 y 477 del CPCC; CAT, Sala B, SDC N° 15/2018; CAT, SIF N° 27/2021 y SDL N° 07/2021; Arazi, "La prueba en el proceso civil", 1991, pág. 289; CAPM, SDC N° 18/2016; CAT, Sala A, SDC N° 06/2013; CAT, Sala B, SDC N° 04/2000; CAT, Sala A, SDC N° 11/2016).

Por el contrario, como bien señala mi colega, la aseguradora no ha aportado elementos de prueba suficientes que corroboren que la omisión del cinturón de seguridad por parte del menor fue la causa determinante del vuelco del vehículo o de las lesiones sufridas. Existe, por el contrario, solo una afirmación general que sus lesiones se debieron seguramente a ello, más ningún tipo de precisión al respecto. La prueba pericial existente no respalda esta aseveración de manera clara y contundente, lo cual debilita el argumento de la aseguradora en este sentido. Su conducta probatoria ha sido prácticamente nula, ya que no hubo testimonios de quienes ocupaban el vehículo en el siniestro, pericia mecánica, pericia accidentológica en causa civil, etc.

En virtud de lo expuesto, si bien reconozco que la omisión del uso del cinturón de seguridad puede constituirse en algunos casos como una posible causa contribuyente a las lesiones sufridas por la víctima, considero que aquí esa dicha aseveración no ha sido debidamente respaldada por la prueba pericial existente ni por otras pruebas adicionales, las cuales no fueron aportadas por la aseguradora.

3.2.6. En síntesis, en relación a la apelación de la citada en garantía respecto a que el menor de edad no usaba el cinturón de seguridad en el accidente, quiero destacar que los eximentes de responsabilidad o circunstancias que provocan la rotura del nexo causal o agravan el daño deben ser debidamente acreditados. No pueden basarse en conjeturas o en lo que las partes creen que sucede normalmente en un evento similar, sin ninguna prueba concreta que lo acredite y que descarte razonablemente otras opciones.

La cuestión relativa al nexo causal debe estar probada y no puede ser conjeturada. Por ello, esta prueba normalmente será de tipo científico, como una pericia practicada en el proceso, o puede emanar de comprobaciones estadísticas o principios de normalidad según las máximas de la experiencia. Allí, el hecho de la víctima debe estar demostrado de forma clara y convincente, y no debe basarse en meras conjeturas, ya que debe tener características de imprevisibilidad e irresistibilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (conf. CAT, Sala B, SDC N° 08/2024; CACR, Sala A, SDL N° 29/2020, con cita a CCiv Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, 01/12/2015 – “P. P. c/ B. M. y otro s/ daños y perjuicios”- Cita: MJ-JU-M-98113-AR | MJJ98113 | MJJ98113).

Por ello, era propio de la carga postulatoria y probatoria de la citada en garantía invocar correctamente los fundamentos de su defensa o teoría del caso y acreditarla en debida forma. Como no lo ha hecho, mi voto coincide con la decisión de rechazar el agravio formulado por la aseguradora en este sentido, manteniendo así la responsabilidad de la aseguradora en los términos establecidos en la sentencia de primera instancia.

En síntesis, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, coincido con la propuesta de resolución del Dr. De Cunto; y, en consecuencia propondré al acuerdo rechazar este agravio.

3.3. <u>Apelación implícita – Rubros indemnizatorios.</u>

3.3.1. En cuanto a la incapacidad sobreviniente, la citada en garantía negó que la persona menor de edad padeciera algún tipo de incapacidad o secuela incapacitante y, subsidiariamente, solicitó la aplicación de una fórmula matemático-financiera, descartando la fórmula “Acciarri” por considerarla basada en un daño hipotético y no cierto. Añadió que la actora sostiene que la indemnización debe calcularse desde los 21 años del menor hasta los 65 años, edad en la que se adquiere la jubilación, y argumentó que, al tratarse de un menor, debe considerarse como base de ingresos el salario mínimo, vital y móvil

(SMVM) al momento del hecho y no a partir de octubre de 2019, como lo pretende la accionante (ver fs. 151/152).

3.3.2. Sobre este rubro, la jueza de origen aplicó la fórmula matemático-financiera, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1746 del CCC (ver sentencia a fs. 503 vta., dos últimos párrafos/504, dos primeros párrafos). De acuerdo con la pericia médica de fs. 419/424, determinó que T. presenta un grado de incapacidad parcial y permanente del 35,82% de "la total obrera y total vida", destacando que la pericia no fue impugnada. Tomó como capital, ante el monto incierto de los ingresos por tratarse de un menor, el salario mínimo, vital y móvil, pero a la fecha de la sentencia y no al momento del hecho, como solicitó la aseguradora (ver sentencia a fs. 504 vta./505).

3.3.3. Encuentro que el SMVM considerado por la jueza resulta ajustado, ya que, dado que a la fecha actual la víctima sigue siendo menor de edad, actualmente con doce años, debe considerarse el salario que más se acerque a la fecha de comienzo de su vida laboral. Por lo tanto, no asiste razón a la aseguradora en este punto.

Al respecto se ha dicho que el Tribunal puede calcular la indemnización conforme al valor del salario mínimo vital y móvil vigente en la fecha del hecho y ordenar que esa suma sea recalculada al momento de la sentencia pago. Ello es plenamente lícito pues la indemnización por actos ilícitos se trata de una deuda de valor (conf. CAE, SDC N° 52/2018).

La sentenciante no aplicó la fórmula "Acciarri", sino que tomó como años de actividad de T. el período que transcurre desde los 21 años hasta los 72 años, de acuerdo con la vida útil según la esperanza de vida al nacer (ver sentencia a fs. 505 in fine/vta., 1er. párrafo), en lugar de los 65 años requeridos por la citada en garantía como edad jubilatoria. La edad tenida en cuenta por la jueza resulta adecuada, ya que la expectativa de vida útil es la considerada por este Cuerpo en diversos precedentes.

En efecto, el artículo 1746 del Código Civil y Comercial establece que la indemnización debe cubrir el tiempo en que razonablemente se pudo continuar realizando actividades productivas o económicamente valorables, sin limitarse a la edad jubilatoria. La disminución salarial por incapacidad laboral afecta también la etapa pasiva y el haber previsional del trabajador, por lo que no debe usarse la edad jubilatoria como tope indiscriminado para la indemnización. Por eso, en la sociedad actual, la vida útil de una persona no se agota al alcanzar la edad jubilatoria, ya que pueden seguir siendo productivas en otros ámbitos, incluso domésticos. Así, hoy en día, la vida útil de una persona se extiende presumiblemente hasta los 72 años de edad (conf. CAT, Sala B, SDC N° 04/2024; CAT, Sala A, SDC N° 12/2021, con cita a Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en el conocido fallo "Méndez c/ Mylba S.A."; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, "La Responsabilidad civil en el nuevo Código". T. III, 1ra. ed., Alveroni

Ediciones, Córdoba, 2018, pág. 333; CAT, Sala A, SDC N° 06/2015, con cita a C. Civ. y Com. Córdoba, 2ª Nom., 9/6/1998, LLC 2000-55).

Es que el rubro incapacidad no se refiere exclusivamente a lo laboral de acuerdo con las normas previsionales, sino a la generación de ingresos hasta la edad apta para dicha generación, es decir, durante la vida útil. Como dije, la vida útil no se limita —en sentido amplio— al aspecto estrictamente laboral y no tiene, en los tiempos actuales, y en muchos casos, una duración menor que la "vida física" (conf. Zavala de González, op. cit., T° 2 a, pág. 525). En consecuencia, habré de confirmar en este aspecto el decisorio.

3.3.4. Asimismo, dado que se consideró el SMVM al momento de la sentencia de grado, corresponde atender lo pedido por la aseguradora en cuanto a los intereses a computar sobre montos actualizados a una tasa pura desde el día del hecho hasta el momento en que la decisión adquiera firmeza (ver fs. 154, 2do. párrafo). En este aspecto no existe confrontación con lo decidido, ya que la juzgadora determinó el inicio del cómputo de los intereses sobre este rubro en caso de no pago de la condena, recién una vez transcurridos diez días de notificada la sentencia a la tasa activa del banco provincial para operaciones generales vencidas y hasta el efectivo pago (ver sentencia a fs. 505, antepenúltimo párrafo). En consecuencia, la decisión adoptada no contradice lo solicitado por la citada en garantía.

3.3.5. En cuanto a los gastos futuros que requiriera la actora y a los que se opusiera la aseguradora (ver fs. 152 in fine/vta., 1er. párrafo), los mismos fueron desestimados por la sentenciante (ver sentencia a fs. 505 vta., último párrafo/506, 1er. párrafo), por lo cual nada tiene que cuestionar la citada en garantía. Lo mismo cabe decir con relación al daño psicológico, que también fue rechazado en el decisorio (ver postura de la aseguradora a fs. 152, último párrafo/153, dos primeros párrafos; y sentencia a fs. 506/507).

3.3.6. Por último, en cuanto al tratamiento de la apelación implícita de la aseguradora con relación al daño moral, dicha parte manifestó que hoy se resarce "el precio del consuelo" y no "del dolor", considerando contradictorio que se base dicho ítem en la cuasi pobreza de la familia de la víctima, y que la suma requerida de $1.600.000 carece de toda racionalidad, alegando que no se describen los hechos que sustentan los síntomas que afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima (ver fs. 153/154).

Sobre este ítem, la juzgadora, luego de mencionar el monto pedido en demanda y de considerar las conocidas reglas de Mosset Iturraspe para la cuantificación de este concepto, consideró que el daño moral en T. se presume, dadas las características del evento y las lesiones que padeció. Asimismo, consideró la pericia psicológica de fs. 446/447, ateniéndose al "precio del consuelo" para la cuantificación de la indemnización, como pidió la citada en garantía. Con apoyo en citas jurisprudenciales, consideró correcta la suma pedida de $1.600.000 (ver sentencia a fs. 507 vta./508 vta.).

El daño moral —o no patrimonial— afecta derechos y atributos de la personalidad que no tienen un valor económico directo. Se refiere a la paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor y afectos fundamentales en la vida humana, impactando en lo que una persona es, más que en lo que tiene, lo que lo distingue del daño patrimonial. Allí se deben considerar las secuelas físicas, tratamientos, privaciones, preocupaciones, y menoscabos en la rutina familiar y social que afectan la integridad espiritual de la víctima (SCBA, 13-6-89, "Miguez, Rubén y otros c/ Comarca S.A. y otro"; Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral", Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47).

No puede olvidarse tampoco que la reparación del daño moral no solo está contemplada en los artículos 1737, 1738, 1740 y 1741 del Código Civil y Comercial, sino también en la Constitución Nacional, que jerarquiza tratados internacionales como el Pacto de San J. de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) (CAT, Sala A, SDC N° 05/2023).

Por ello, para valorar el daño moral, se debe determinar su sustancia, dimensión, y repercusiones espirituales para la víctima, considerando tanto la entidad intrínseca del menoscabo como las circunstancias particulares del damnificado. Luego, se procede a la cuantificación de la indemnización adecuada para compensar el menoscabo (Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral", Ed. Astrea, 2009, pág. 66; Pizarro, Ramón D., "La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil", Revista de Daños, "Cuantificación del daño", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, págs. 337-339).

El monto de la indemnización debe fijarse considerando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas, sin poner un precio al dolor, pero permitiendo al damnificado disfrutar de otras distracciones. Al respecto, la Corte Nacional ha sostenido que el dinero puede proporcionar satisfacciones de orden moral que, en cierto grado, reemplazan el valor desaparecido en el patrimonio moral, compensando dentro de lo humanamente posible las angustias, miedos, y tristezas (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento del daño moral", Ed. Astrea, 2009, pág. 207; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, T. V, pág. 226; Iribarne, Héctor P., "De la conceptuación del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima", en "La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldemberg", Alterini, A.A.-López Cabana, directores, págs. 377 y ss.; CSJN, Fallos 334:376).

Por lo tanto, se consagra la doctrina de los "placeres compensatorios", que no busca sustituir el valor del daño sufrido con una cantidad equivalente, sino proporcionar goces que compensen lo perdido. La cuantificación debe ser justa aunque no integral, ya que la reparación integral del daño moral es imposible. La indemnización debe ser suficiente y posible, evitando montos simbólicos y excesivos (CNCiv. Sala A; 23/09/2021, "Ruscio, J.

vs. López, Mirta Mónica y otro s. Daños y perjuicios"; Rubinzal Online; RC J 6784/21; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", Ediar, 1971, t. V, pág. 226; Iribarne, Héctor P., "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños, n.° 6, pág. 235; CAT, Sala A, SDC Nº 29/2021; Zavala De González, Matilda, "Cuánto por daño moral", LA LEY 1998-E, 1057).

En ello, el daño moral ha sido calificado como una deuda de valor, y el Código Civil y Comercial de la Nación establece que debe evaluarse según el valor real al momento correspondiente. Allí, las diez reglas sobre cuantificación del daño moral de Mosset Iturraspe deben ser utilizadas como parámetro en esta tarea, incluyendo: evitar indemnizaciones simbólicas, enriquecimiento injusto, tarifación de piso o techo, y porcentajes del daño patrimonial; considerar la gravedad del daño, peculiaridades del caso, armonización de reparaciones en casos similares, placeres compensatorios, y sumas acordes al contexto económico del país (SCBA, c. 123271, sent. del 31/03/2021; CSJN, Fallos: 317:989; 317:836; 316:1972; 326:2329; 316:2604; 310:183; 319:2420; Mosset Iturraspe, Jorge, "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", LA LEY 1994-A, 728; López Bravo, Marisa G., "El daño moral y la soledad del juez a la hora de su cuantificación"; MJ-DOC-5324-AR).

A la luz del razonamiento de la sentenciante, considero que la suma requerida y otorgada no es irrazonable. Si se considera que al día de hoy dicho monto resulta razonable para adquirir por ejemplo una computadora y algún otro dispositivo electrónico útil y distractivo para T. Es cierto que dicha suma se cuantificó al momento de la demanda (28/02/2020, ver cargo de fs. 87), pero se consideró actualizada hasta ese momento. Por tal motivo, la jueza determinó el cómputo de los intereses a la tasa pura del 6%, como lo requirió la citada en garantía, desde el momento del hecho hasta la fecha de promoción de la demanda, y de allí en más hasta el efectivo pago la tasa activa ya referenciada (ver sentencia a fs. 508 vta., pto. Intereses).

En consecuencia, encuentro adecuado el monto reconocido.

3.3.7. Así las cosas, propongo el rechazo de la apelación implícita de la aseguradora, si bien respecto de los rubros "gastos futuros" y "daño psicológico" no existió necesidad de examinar sus argumentos, ya que se decidió de acuerdo con la postura que asumiera.

4- CONCLUSIÓN.

4.1. Con lo tratado en el presente voto, ha sido dirimida la disidencia existente entre mis colegas de Sala, no haciendo falta que me expida sobre las restantes cuestiones, donde no hubo diferencias, como ya anticipé en la introducción de mi voto.

4.2. En suma, debe revocarse parcialmente la sentencia apelada, a efectos de tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada

como CG-RC 2.1 inc. 17.1 de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, incs. a) y b) del CCCN; y consecuentemente dejar sin efecto el pto. 1) de la parte resolutiva de la misma, haciendo extensiva la condena *in solidum* a la citada en garantía "S. C. de S. L.; y a los fines de imponer las costas de grado en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora.-

En relación a las costas de esta sede, las mismas se imponen a la citada en garantía "S. C. de S. L." por resultar vencida en la apelación de la accionante (conf. art. 69 del CPCC).-

4.3. En cuanto a los honorarios de esta Alzada, dado el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de los trabajos desarrollados, coincido que deben fijarse del siguiente modo: los de los letrados patrocinantes de la actora, Dres. F. A. P. y D. M. Z., en un 5,95%; a los letrados apoderados y patrocinantes de la citada en garantía, Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en conjunto, en un 3,85%; y al letrado apoderado de la demandada, Dr. M. E. G. A., en un 2,75%; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).-

Finalmente, conforme lo expuesto y razonado voto a la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:

El pronunciamiento a dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, para tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1 en los términos contemplados por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, inc. a) y b) del C.C. y C.; y, como consecuencia de ello, dejando sin efecto el punto I de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y ampliando la condena, para hacerla extensiva "in solidum", respecto de la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.". Asimismo, para modificar el modo de imposición de las costas de primera instancia, atribuyéndolas en un 70% a la parte demandada y el 30% restante a la parte actora. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.". 3) REGULAR los honorarios profesionales, por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, de la siguiente manera, a saber: a los Dres. F. P. y D. M. Z., en conjunto, en la suma equivalente al 5,95%; y, a los Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente al 3,85%; y, al Dr. M. G. A., en la suma equivalente al 2,75%. Tales porcentuales a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.

ASI LO VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, no obstante que en este voto se brindan distintos fundamentos por haberse examinado la apelación implícita de la citada en garantía.Así lo voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Walter dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, en tanto refleja fielmente la expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo (art. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, para tener por no convenida la cláusula de exclusión de cobertura identificada como CG-RC 2.1 inc. 17.1 en los términos contemplados por los arts. 988, 989, 1117, 1119 y 1122, inc. a) y b) del C.C. y C.; y, como consecuencia de ello, dejando sin efecto el punto I de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y ampliando la condena, para hacerla extensiva "in solidum", respecto de la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.". Asimismo, para modificar el modo de imposición de las costas de primera instancia, atribuyéndolas en un 70% a la parte demandada y el 30% restante a la parte actora.

2) IMPONER las costas de segunda instancia a la aseguradora citada en garantía "S. C. de S. L.".

3) REGULAR los honorarios profesionales, por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, de la siguiente manera, a saber: a los Dres. F. P. y D. M. Z., en conjunto, en la suma equivalente al 5,95%; y, a los Dres. R. L. y J. M. F. C., en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente al 3,85%; y, al Dr. M. G. A., en la suma equivalente al 2,75%. Tales porcentuales a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SERGIO RUBÉN LUCERO	ALDO LUIS DE CUNTO	GUILLERMO NICOLÁS WALTER
JUEZ DE CÁMARA	PRESIDENTE	JUEZ DE CÁMARA

(POR SUS FUNDAMENTOS)

REGISTRADA BAJO EL N°____011_____DEL AÑO 2024 – SDC – CONSTE.

PABLO SEBASTIAN ETCHART
SECRETARIO SUBROGANTE