

## Accidente De Transito Ciclomotor Muerte Del Acompañante Clausula De Exclusion De Cobertura

### JURISPRUDENCIA

### Accidente de tránsito. Ciclomotor. Muerte del acompañante.

Cláusula de exclusión de cobertura Se confirma la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios entablada por los actores, con motivo del fallecimiento de su hijo en un accidente de tránsito ocurrido cuando viajaba como acompañante en un ciclomotor. Se asigna un 80% de responsabilidad en las consecuencias del hecho dañoso a los demandados y un 20% a la víctima del hecho, por falta de uso del casco protector. Se declara la nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad prevista en la póliza en relación con el "conductor autorizado". En la ciudad de Azul, a los veintiocho días del mes de Febrero del año Dos Mil Diecinueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores, María Inés Longobardi, Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Gonzalez Maria Elena y Otro/a c/ Balistreri Diego Osvaldo y Ots. s/ Daños Y Perjuicios" (Causa N° 63.458), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dra. LONGOBARDI, Dr. GALDOS y Dr. PERALTA REYES. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -CUESTIONES- 1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.291/304? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -VOTACION- A LA PRIMERA CUESTION, la Señora Juez Doctora LONGOBARDI, dijo: I). La sentencia que llega apelada a esta instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por María Elena González y Raúl César Molinuevo, contra F. B. y Karina Viviana Urrutia, estos últimos en su calidad de conductor y titular registral del ciclomotor marca Mondial patente ... respectivamente, condenándolos a abonar a los dos actores, en su condición de padres de la víctima del siniestro vial César Ezequiel Molinuevo, el 80% de las sumas de \$ 572.000 y \$ 640.000, respectivamente, en concepto de pérdida de chance, daño psicológico y daño moral; con más los intereses establecidos en el Considerando XXIV. Hizo lugar a la exclusión de cobertura por la causal de culpa grave del conductor del ciclomotor, opuesta por la citada en garantía Río Uruguay Seguros Cooperativa Limitada, con costas al actor perdedor; y rechazó la demanda contra Diego Osvaldo Balistreri, padre del conductor, por carecer de legitimación pasiva en el hecho por el que se acciona, con costas a los actores. Todo ello con relación a los hechos ocurridos el día 22 de julio de 2012, aproximadamente a las 7 hs., en Avda. Del Valle de la ciudad de Olavarría, en el paso a nivel con barrera en dirección a la Avda. Pringles. En dicha oportunidad el demandado F. B., entonces menor de 17 años de edad, conducía el ciclomotor marca Mondial patente ..., de propiedad de su progenitora Karina Viviana Urrutia, llevando como acompañante a su primo César Ezequiel Molinuevo, de 30 años de edad, y al llegar a la barrera baja del paso a nivel, intentó pasarla por abajo agachándose hacia adelante, sin advertir a su acompañante que no pudo esquivarla y recibió un impacto frontal que le provocó la muerte. Para así resolver, la jueza a quo consideró, en primer término, que el hecho dañoso se rige por las normas del Código Civil, en atención a la fecha en que ocurriera; sin perjuicio de tener en cuenta, conforme jurisprudencia de esta Sala que cita, el Código Civil y Comercial como argumento de autoridad. Que como factor de atribución rige la doctrina del riesgo creado, enmarcada en el art. 1113 Cód. Civil por responsabilidad objetiva, de modo que el demandado sólo se libera acreditando la existencia de causa ajena o culpa de la víctima causante de su propio daño o de un tercero. Que con motivo de este hecho se instruyó la I.P.P. 2626/12, seguida por la causa penal n° 1152, tramitadas por ante la U.F.I. n° 17 y el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil n°1 de Azul, dictándose el 28/02/2014 en esta última, que se tiene a la vista para este acto, sentencia condenatoria contra F. B. por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por la conducción de vehículo automotor, la que se encuentra firme. En tal sentido y de conformidad al art. 1776 del C.C.C.N. (al igual que el anterior 1102 C.C.), hace mención no sólo de la existencia del hecho principal constitutivo del delito sino también de la culpa del condenado; de modo que ambos elementos de la sentencia penal condenatoria resultan vinculantes para la jurisdicción civil. Consideró acreditado además, por diversas pruebas de la causa penal (acta de procedimiento de fs.1/2, pericia accidentológica de fs. 77/79, testimonio de fs. 11 del guardabarrera, y confesional de F. B. fs. 254/255), la mecánica del hecho, y a la maniobra descripta desarrollada por el conductor, como inadecuada y violatoria de los arts. 39 inc. b), 44 inc. a) y 48 inc. k de la Ley Nacional de Tránsito n°24.449. Abordando en primer término la exclusión de cobertura opuesta por Río Uruguay Seguros Cooperativa Limitada, por culpa grave y falta de carnet habilitante del conductor del ciclomotor, hizo referencia a los conceptos de "individualización" del riesgo y de "delimitación", la cual puede ser expresa (negativa, derivada de la exclusión de supuestos concretos) o implícita (lo que queda fuera del contorno de la propia definición de riesgo cubierto) (Barbato, Nicolás, "Derecho de Seguros", Ed. Hammurabi, pgs. 37/47,

?Determinación del riesgo y exclusiones a la cobertura?). Luego de referirse asimismo a doctrina de la SCBA conforme a la cual el contrato de seguro debe interpretarse literalmente y no puede otorgársele una tésis extensiva, toda vez que la enumeración de los riesgos y la extensión de cobertura deben apreciarse restrictivamente, se refiere a las cláusulas de exclusión de cobertura, afirmando que los supuestos descriptos en dichas cláusulas de exclusión quedan fuera del amparo asegurativo, por no formar parte del riesgo cubierto. Por ende, sostuvo, dado que en autos la póliza contratada por la Sra. Karina Viviana Urrutia sobre el ciclomotor patente ..., en el Anexo I, cláusulas 5 y 6, establece exclusiones asegurativas en caso de culpa grave del asegurado o conductor del vehículo, como así también si la conducción es realizada por personas no habilitadas para el manejo de ese tipo de vehículos por autoridad competente, concluyó que correspondía hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora con fundamento en la causal de culpa grave del conductor del rodado asegurado; siendo por tanto innecesario abordar el tratamiento de la restante defensa opuesta por la aseguradora (falta de carnet habilitante para el tipo de motovehículo). Continuó indagando si existió alguna conducta en la víctima, que permitiese atenuar la responsabilidad del conductor F. B. En tal sentido hizo referencia a la falta de casco protector en el joven Molinuevo, como así también a la doctrina de nuestra Corte provincial según la cual su ausencia no incide en la producción del accidente, sino que -según el lugar de las lesiones- puede tener incidencia causal en la producción o agravamiento de éstas. Consideró que la ausencia de casco protector, obligatorio para todos los ocupantes de un ciclomotor (art. 40 inc. j. Ley 24.449), se encuentra en relación de causalidad con las consecuencias dañosas del accidente para la víctima, puesto que el deceso se produjo por traumatismo de cráneo encefálico. Por ello asignó una responsabilidad compartida en las consecuencias derivadas del evento, de un 80% para el joven Balistreri y un 20% para la víctima. La responsabilidad del conductor la hizo extensiva a la Sra. Karina Viviana Urrutia, en tanto propietaria titular registral del motovehículo, rechazando la demanda contra el padre del conductor, Diego Osvaldo Balistreri, por no encontrar probada la legitimación pasiva de este último. Finalmente se dedicó a la cuantificación de los rubros reclamados asignando, como se dijo, los siguientes montos: \* Para la madre de la víctima Sra. María Elena González: el 80% de la suma de \$572.000 :\$ 72.000 en concepto de pérdida de chance, 100.000 por daño psicológico (como patología instalada), y \$400.000 por daño moral a. Para el padre de la víctima, Sr. Raúl César Molinuevo: el 80% de la suma de \$640.000: -\$ 140.000 en concepto de pérdida de chance, \$ 100.000 por daño psicológico (como patología instalada) y \$ 400.000 por daño moral A estas sumas se le adicionarán intereses desde la fecha del hecho (22/7/2012) y hasta el día del pago (Cons. XXIV). La sentencia fue apelada por los actores (fs. 305), recurso concedido a fs. 306, expresando agravios a fs.335/342, los que no merecieron respuesta de la contraria (fs.354). II). En sus agravios, el recurrente se queja: 1- De la admisión de la exclusión de cobertura opuesta por la Aseguradora, por considerar que la exclusión del art. 70 de la Ley de Seguros, referente al siniestro provocado por dolo o culpa grave del tomador o beneficiario, no puede extenderse a otros (sujetos) no mencionados, como el ?conductor autorizado?, en el caso de autos, el joven Balistreri. 2- De la determinación (de oficio) de la falta de legitimación pasiva del Sr. Diego Osvaldo Balistreri, padre del conductor menor de edad. 3- De la disminución proporcional de los montos de condena por considerar que la falta de uso del casco protector habría actuado como concausa del daño. 4- Del monto reconocido en concepto de pérdida de chance, por insuficiente. 5- De la disparidad de montos fijado a cada progenitor, en particular el menor monto asignado a la madre, en virtud de la aplicación de una fórmula matemática para el cálculo del daño emergente. 1-) Respecto del primer agravio, considera que la sentencia no ha realizado una correcta interpretación del art. 70 de la Ley de Seguros, que excluye de cobertura al siniestro provocado por culpa grave del tomador o beneficiario. Que el fallo erróneamente admitió la extensión de esta causal de delimitación subjetiva de la cobertura, no sólo al tomador, sino también al conductor autorizado; sin embargo tal extensión debe interpretarse restrictivamente, sin que se oponga a ello la doctrina de la SCBA citada en la sentencia, que se ha referido a casos de exclusión de orden objetivo y no subjetivo. Que el art. 5 del Anexo del contrato de seguro, que excluye la cobertura en caso de culpa grave o dolo del ?tomador o el conductor autorizado?, en una correcta interpretación de los arts. 70 y 114 de ley de seguros y bajo la pauta del art. 158 de la misma, no puede ser válida. Cita en apoyo de su postura doctrina (Stiglitz, Barbato) y jurisprudencia de la Suprema Corte provincial aplicable al caso. 2-) En cuanto a la admisión de la falta de legitimación pasiva del padre del conductor, Diego Osvaldo Balistreri, aduce que está suficientemente probado que al momento del hecho aquel era menor de edad (17 años), condenado por el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil; y por imperio del art. 114 del Cód. Civil, ambos padres resultan solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos mayores de diez años pero aún menores de edad, que habiten con ellos. Reconoce que en la demanda no ahondó en este aspecto porque se sobreentendía que no hacía falta y que el juez encuadraría el caso en el derecho vigente. 3-) Acerca de la disminución de la indemnización fijada (un 80% del total) por asignar a la falta de uso de casco de la víctima una incidencia causal (en el daño) del 20% restante, afirma que según está probado en la causa penal, el fallecimiento se produjo por un golpe frontal y directo, de modo que en esas circunstancias, aún con el casco colocado, el resultado luctuoso final hubiese sido el mismo; es decir, que esta falta menor del no uso del casco, no tuvo incidencia en el resultado final. 4-) Respecto al rubro pérdida de chance, se agravia de los reducidos montos fijados por falta de

elementos probatorios de los ingresos propios y los generados por la víctima. Que ello debió haber sido debidamente controvertido por los demandados y la citada en garantía, por lo que deben tenerse por reconocidos los montos por ellos denunciados en la demanda, en particular, el del aporte económico promedio que realizaba la víctima a sus padres y principalmente a la madre con quien convivía. Luego hace referencia a que ambos padres eran pensionados y a la enfermedad de la madre. 5-) Por último se agravia que este rubro pérdida de chance haya sido reconocido en menor medida a la madre, que por las circunstancias personales de ésta, por ser discapacitada y conviviente con el hijo, era más dependiente del ingreso económico de éste. Además afirma que debe indagarse la falta de carnet habilitante para conducir una moto de mayor cilindrada, que el fallo no indaga por considerarlo innecesario en atención a la forma en que se resuelve. Encontrándose cumplidos los restantes pasos procesales, se encuentran estos autos en condiciones para el dictado de la sentencia definitiva. III) En respuesta a dichos agravios, anticipo que habrán de prosperar, aunque parcialmente, según se desprende de las consideraciones siguientes. 1.a) - La exclusión de cobertura por culpa grave o dolo del ?tomador? o del ?beneficiario? del seguro está establecida por el art. 70 de la ley de Seguros 17.418, y reiterada en el art. 114, dentro del capítulo del seguro de responsabilidad civil, respecto del ?asegurado?. La exclusión implica una delimitación subjetiva del riesgo y por tanto, sólo puede constituirse en una causal de ?no seguro? en relación con el sujeto que con su actuación personal gravemente culpable ha causado el suceso (SCBA, Ac. 88235, S. 08/08/2007, ?Larrea Juan Antonio y otras c/ Quitegui, Carlos Enrique s/Indem. Daños y perjuicios?; JUBA B26908). El art. 158 LS establece cuáles normas son inmodificables, aún por acuerdo de partes. Este contrato de seguro, en particular, previó en el art. 5° del Anexo I de la póliza, que también estaba excluida la cobertura en caso de que ?el asegurado o conductor y/o víctima provocaran, por acción u omisión, el siniestro, con dolo o culpa grave?. Esta situación fue puesta de resalto en la contestación de la aseguradora citada en garantía, que además hizo valer el límite de cobertura. La culpa grave del conductor autorizado surge de la condena en sede penal como autor penalmente responsable de homicidio culposo, resultando la misma incontrastable (art. 1002 Cód. Civil). No resulta por ello necesario abordar el planteo de la falta de carnet habilitante para ese tipo de motos. En anteriores oportunidades esta Sala se ha pronunciado acerca de los supuestos de exclusión de cobertura o ?no seguro?, recordándose que ?las exclusiones de cobertura, sean de fuente normativa o convencional, describen las hipótesis o circunstancias en que el siniestro se halla fuera de la garantía asegurativa; la culpa grave del tomador o beneficiario (art. 70 LS) o del asegurado (art. 114 LS), son delimitaciones causales subjetivas. Por tratarse de hipótesis pertenecientes o relativas al sujeto, quedan acotadas a la persona del asegurado, pues sólo a ellas se refiere el texto legal, que por naturaleza es norma relativamente imperativa y sólo es modificable por convención de partes cuando lo sea a favor del asegurado, en los casos específicamente previstos (art. 158LS). ?... se trata de supuestos que no se hallan garantizados por el asegurador y por los que el asegurado no afrontó el pago de prima alguna... en el seguro de responsabilidad civil, aún cuando el damnificado revista la condición de tercero frente a las partes sustanciales del contrato de seguro, le son oponibles unas y otras: las cláusulas delimitativas del riesgo, como ser, las exclusiones de cobertura así como los topes de garantía y franquicia... ello resulta de la previsión contenida en el artículo 118-3, ley de Seguros, ya que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador ?en la medida del seguro?, debiendo ello entenderse como entidad cuantitativa referida a los límites económicos de garantía asegurativa, como así a la delimitación subjetiva y objetiva del riesgo? (Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., pg.293/294, num. 242; en igual sentido, esta Sala, Causas n° 48.929 ?Camino del Abra S.A...? y n°48929bis ?Gau, Juan Carlos...? (sent. única del 11/04/2006). La Suprema Corte Provincial en causa C 88.234, ?Larrea Juan Antonio y otras c/ Quitegui Carlos Enrique s/ Indemnización de daños y Perjuicios?, del 8/8/2007, con voto del Dr. Soria que conformó mayoría, dijo que ?La cuestión articulada por los quejosos ha merecido un pronunciamiento de esta Suprema Corte en la causa Ac. 76.885 ("Vega Pérez, Mariano F. y otra c/ Coll, Rubén G. y otro", sent. de 9-X-2003), oportunidad en la que adherí al voto del doctor de Lázari. En aquel precedente el Tribunal dirimió un caso en el que -tal como sucede en el presente litigio-, por vía contractual se pretendía extender el alcance de la exclusión subjetiva de cobertura prevista en art. 114 de la ley 17.418, abarcando no sólo en tal limitación al asegurado que provoca dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad, sino al conductor del vehículo protagonista del suceso. ...Se entendió que para resolver la contienda era menester ponderar la validez de dicha extensión a la luz de lo dispuesto en el art. 158 del referido marco legal, precepto que, bajo el acápite de "obligatoriedad de las normas", determina que "sólo se podrán modificar a favor del asegurado", entre otras normas, el aludido art. 114. ...En función de esta previsión sostuvo el colega cuya conclusión hube de acompañar, que "... [u]na simple lectura permite apreciar aquella exclusión, proveniente de las cláusulas generales del contrato, como alcanzada por la prohibición legal, desde que evidentemente juega en perjuicio del asegurado, no en su favor. En tal sentido, cabe recordar que la primera regla de la interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Corte Suprema, "Fallos", 182:486; 184:5; 200:165; 281:146, entre muchos otros). ...En esas condiciones, el art. 158 de la Ley de Seguros dispone que las previsiones del art. 114 sólo se podrán modificar a favor del asegurado, conformando un supuesto de imperatividad relativa, esto último por la posibilidad de mejorar la posición del sujeto individualizado. Si ello es así, la extensión a otro sujeto que no es el

indicado en la norma resulta inválida. El conductor, en el caso, no es el asegurado, por más condición de centro de interés que revista. La pretendida subsunción del conductor en la figura del asegurado aparece inclusive contradicha por la propia cláusula del contrato. En efecto, si ambos son asegurados no se explica la razón por la cual se los individualiza separadamente. ...Ahora bien, en esas condiciones, el deudor de tal obligación aduce una cláusula limitativa en relación a la actuación del conductor, exención que la ley no autoriza. Por tanto, auspiciar esa inteligencia y eximir al asegurador conforma quebrantamiento de la normativa legal y vaciamiento del derecho imperativo por mera autoridad privada. Ningún valor posee la estipulación del contrato frente a la prohibición de la ley. Refleja tan sólo la posición dominante de una de las partes en sacrificio del principio de la buena fe (art. 1198, Código Civil). ...En tanto la inhibición de cobertura materia de debate apunta a un supuesto de delimitación del riesgo de base personal o subjetiva, cabe reputarla aplicable sólo frente a la persona o las personas que expresamente se incluyeron en la estipulación contractual. ...Por ende, si el siniestro del que da cuenta esta litis no operaba la exclusión para los reclamantes, la citada en garantía debe responder con arreglo al seguro pactado. No sobreabunda recordar que en esta materia ha de evitarse conferir a las cláusulas contractuales una inteligencia que, por vía de extensión o analogía, restrinja el alcance del riesgo asegurado. De mediar oscuridad o duda razonable, tiende a prevalecer la solución interpretativa más favorable a la subsistencia y operatividad de la obligación de la compañía aseguradora, toda vez que dado que ésta confecciona unilateralmente los términos contractuales en función de previsiones y cálculos actuariales, se presume que dicha tarea es producto de un obrar diligente (arg. art. 1198, Cód. Civil). Todo lo cual resulta de buena hermenéutica, en tanto conlleva no sólo a una valoración del caso favorable a la parte más débil del contrato (conf. doct. Ac. 55.594, sent. de 13-IX-1994) sino también a un resultado que armoniza los textos de los arts. 114 y 158 de la Ley de Seguros? (SCBA, causa C.88.234 cit.). Con anterioridad a ello, en la causa C.73.330 ?Aguirre Milagros María c/ Línea 18 S.R.L. s/ Daños y Perjuicios?, del 31/5/2006, con voto del Dr. Lázari la SCBA por mayoría sostuvo: ?Discurriendo en tomo al art. 70 de la ley 17.418, pero con estricta atinencia también al art. 114, señala Barbato: "considerando que la culpa grave opera como una exclusión de cobertura establecida por la propia ley, y que por su misma naturaleza está referida al asegurado, titular del interés cubierto por el seguro, cabe destacar que la misma constituye una exclusión personal, es decir, que sólo el asegurado tiene la aptitud jurídica para generar, ante una conducta suya gravemente culposa, el desplazamiento del hecho siniestral fuera del ámbito de la cobertura asegurativa. En cambio, la culpa grave de terceros, aun cuando éstos fueran dependientes y familiares, no elimina la cobertura. Se considera que el asegurado busca también ampararse de situaciones como esas, en las que su actuación personal ha resultado ajena a la causación del hecho. No rigen aquí ni la representación (pues no existe representación en las situaciones que impliquen ilicitudes) ni las responsabilidades reflejas (pues no es éste un supuesto que genere responsabilidades, ante la falta de alteridad dañosa de la acción alcanzada por la exclusión)" ("Culpa grave, derecho civil y derecho de seguros", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 19, Seguros-I, p. 209 y doctrina que cita en nota 30)....?. ?Coincido, por lo tanto, con los conceptos que certeramente desarrolla Stiglitz y que me permito transcribir: "La cuestión está específicamente regulada por el art. 114 de la Ley de Seguros, de cuyo texto, y de la naturaleza del seguro contra la responsabilidad civil, cabe concluir que nos hallamos en presencia de un supuesto de delimitación causal subjetiva del riesgo. Tal limitación, referida sólo a la persona del asegurado, se halla contenida en una norma relativamente imperativa (art. 158-2) y, por lo tanto, sólo modificable a favor del asegurado. Por tratarse de un tema referido a los límites o extensión de la garantía del asegurador, debe ser interpretado restrictiva o literalmente, de suerte tal que no es factible hacerlo analógicamente, ni por extensión, especialmente teniendo en cuenta que el asegurador es quien redacta las cláusulas generales. Esta directiva impide, por lo tanto, extender el límite a otro sujeto que no sea el asegurado. La cláusula contractual precitada, por la que se amplía el "no seguro" referido a la culpa grave del asegurado, a la persona del conductor, es materialmente ilícita (art. 1066, Código Civil.) por contradecir una norma seminecesaria (art. 114, L.S.) y, por tanto, abusiva y nula, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37 inc. a, Ley de Defensa del Consumidor) al suprimir (vía predisposición) una obligación del asegurador de fuente normativa. A ello no empece que por condición general predisuelta se haya consagrado la extensión de la cobertura al conductor autorizado por el asegurado ni que se haya asimilado a ambos a través de la frase: "... en adelante, la mención del asegurado comprende en su caso, al conductor". Y ello en razón de que la asimilación aludida además de ser incorrecta técnicamente es materialmente ilícita en tanto infringe una disposición imperativa (art. 158-3, L.S.) y, además, abusiva en tanto a su través se intenta suprimir la obligación principal del asegurador de mantener indemne al asegurado para el caso de configurarse la hipótesis de exclusión (art. 114, L.S., "Derecho de seguros", t. 1, p. 422 y sgts. y sus citas jurisprudenciales; ídem, "Conflicto entre condiciones generales del contrato de seguro y las normas relativamente imperativas", J.A. 1989-111-599; ídem, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Abeledo Perrot,- 1994, p. 97 y sgts.; ídem, en colaboración con Gabriel Stiglitz, "Contrato con cláusulas predisuestas, su naturaleza contractual",- comentario al fallo de la Suprema Corte de Mendoza, del 24-V-1988, en "La Ley" 1988-E, págs. 14 y sgts.)?, el subrayado no está en el original. Esta misma doctrina había sido receptada por esta Sala, con expresa referencia a un voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci como integrante de la Suprema Corte de Mendoza, (Sup. Corte Just.

Mendoza, sala 1ª, 24/5/88, ?Rojas, Rolando I. C/ Coop. de Seguros Huarpe Ltda.?, J.A., 1989-I.p.945; esta Sala, causa n°42.531, ?Dowie...?, sentencia del 15/5/2001; causa n°59747, ?Dos Santos...?, sent. del 8/9/15; causa n° 60631, ?Mutuberría...?, sent. del 27/09/2016, entre otras). Las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrina citada me llevan a hacer lugar al agravio, revocando la parcela del fallo en cuanto hizo lugar a la exclusión de cobertura opuesta por ?Río Uruguay Seguros Coop. Ltda.?, declarando nula por abusiva y contraria a la ley a la cláusula N° 5 del Anexo I de la póliza n° 3568932 y haciendo extensiva su responsabilidad en la cobertura del siniestro reclamado en autos (arts. 70, 114 y 158 de la ley de seguros 17.418). 2- El segundo agravio se refiere al rechazo de la demanda por falta de legitimación pasiva del Sr. Diego Osvaldo Balistreri. La jueza a quo procedió a examinar de oficio la legitimación pasiva de este demandado, excluyéndola por no haber sido probada, sin dar mayores explicaciones. El apelante sostiene que se trata del padre del conductor F. B., menor de edad a la fecha del hecho dañoso. Que tanto el padre como la madre, según lo establecía el art. 1114 del Cód. Civil, son responsables por los hechos dañosos causados por sus hijos menores de edad, mayores de 10 años. Reconoce que ?la demanda no abunda en fundamentos sobre esta cuestión?, pero que pese a ello, estando acreditada la calidad de padre, la edad del hijo y el lugar de convivencia en el mismo domicilio, la causal de responsabilidad se opera sin más y el juez por aplicación del principio ?iuria novit curia? podría haber efectuado el encuadre legal pertinente. En diversas oportunidades este Tribunal se ha manifestado recordando que el principio de congruencia decisoria -en cuanto conformidad entre lo que se pretende y lo que se acoge jurisdiccionalmente (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 164 y ccs. C.P.C.C.), no impide declarar de oficio la ausencia de legitimación de la actora o demandada. Ha dicho la Corte local (apegada a identificar legitimación como ?cualidad emanada de la ley? o requisito de la acción) que ?la legitimatio ad causam es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir una sentencia favorable? (S.C.B.C. Ac. 21273, 8.9.73, ?Asociación Vareadores de La Plata c/ Cler Enrique s/ Cobro de aportes?, A. y S., 1976-I-40; Ac.45288, 27.12.91, ?Mendoza Maidana, Justa A. y ot. c/ Ojeda Maidana, Jacinto y ot. Daños y Perjuicios?). ?El examen de la legitimación activa -añadió- reviste una prioridad lógica? (Ac.21273, ?Asociación c/ Cler?; A. y S., 1976-I-40). En parecida orientación la Corte Nacional sostiene ?que la carencia de legitimación sustancial se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que esta tenga o no fundamentos? (C.S., 7.11.89, ?Ruiz Martha c/ Pcia. de Bs. As?, L. L., 1990-C-430). Incluso se ha sostenido que en materia recursiva es la alzada el juez del recurso y ?entre sus innegables facultades está la de constatar la legitimación o el interés de quien recurre?; (esta Sala, causas n°40958, ?Pascua Sergio c/ Gómez Julio Argentino y otros s/ Daños y Perjuicios? del 9/11/99; n°38.778, ?Larrazza y Bertón...? del 1-04-98; n°38.075, ?Cía. Emiliana de Exportación S.A...? del 31-10-96; n°51831, ?Círculo...? del 28/5/08). Ahora bien, el art.1114 del Cod. Civil (aplicable en autos atento la fecha del hecho, art. 7 C.C.C.N.), establecía la responsabilidad solidaria de los padres de los menores de edad y mayores de diez años, por los hechos dañosos de sus hijos que habiten con ellos. En el caso de los padres que no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviera al cuidado del otro progenitor. Esta responsabilidad atribuida a los padres por los hijos menores es presunta, de modo que éstos pueden desvirtuarla acreditando, precisamente, su ausencia de culpa, es decir, demostrar que ellos han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos y que los han educado celosamente (C.C.Merc.,24/11/87, ED 132-127), Salas-Trigo Represas-López Mesa, Código Civil anotado, ed. Depalma 1999, T. 4-A, pgs. 608 y ss.). Asimismo, el art. 1115 y 1116 determinan causas puntuales de exención de responsabilidad paterna, que deben ser objeto de prueba. En forma concordante la doctrina y jurisprudencia sostuvieron que la exención del art. 1116 que permite al padre la prueba de la ausencia de culpa, debe ser interpretada restrictivamente, ya que la alegada inocencia del padre se debe apreciar con toda estrictez, volviéndose contra él cualquier duda al respecto. Dejando de lado la discusión acerca de si se trata de una responsabilidad objetiva o basada en la culpa -tesis subjetivista seguida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de nuestra SCBA- pesa sobre los padres la carga de la prueba de la asunción de todas las diligencias debidas en cuanto a educación y vigilancia (aut. y ob. cit., pg.614); (Cifuentes Santos, Código Civil Comentado y Anotado, tomo II, arts. 1114 y 1115, págs.650/665). Analizando el escrito postulatorio de los accionantes y la contestación del co-demandado Balistreri -sustancialmente idéntica a la de los otros dos co-demandados Sra. Urrutia y el joven conductor F. B., ver fs. 68, 84, 94) se advierte que el accionante demandó a Kariona Urrutia y Diego Balestrini, sindicando solamente a la primera como titular registral de la moto causante del suceso dañoso, (con lo cual su responsabilidad queda inmersa en la responsabilidad civil objetiva que consagra el art. 1113 Cód. Civil), pero sin referirse a ellos en su calidad de padres del conductor menor de edad, ni citar los arts. 1114,115 y 1116 del Cód. Civil. Ahora bien, al contestar la demanda el Sr. Diego Osvaldo Balestrini admitió su calidad de padre del menor y no opuso la falta de legitimación pasiva ni opuso excepción de defecto legal, pudiendo haberlo hecho si no le quedaba en claro en virtud de qué circunstancia era demandado. Por el contrario, con la misma representación legal, contestó en idénticos términos a la contestación efectuada por su hijo. Por otra parte, que el co-demandado Diego Osvaldo Balestrini es el padre del conductor no hay duda alguna, pues dicho hecho surge acreditado de la causa penal agregada por cuerda (acta de fs. 1/2 de la I.P.P. N°2626/12 y declaración testimonial de fs. 10 de Diego O. Balestrini

como padre del menor imputado; declaración del imputado de fs. 33vta., art. 308CPP), entre otras. Desde este punto de vista, la legitimación pasiva, pese a la notoria deficiencia de la demanda en tal sentido, permite incluir al padre del menor, codemandado de autos, como solidariamente responsable del evento dañoso, en virtud del art. 1114 Cód. Civil. El principio de congruencia decisoria y el derecho de defensa en juicio, se encuentran debidamente garantizados por el reconocimiento de la propia parte demandada de su calidad de progenitor del conductor de la moto; pese a que no se ofreció prueba para tratar de eximirse de responsabilidad, demostrando la falta de ?culpa? de los progenitores. La Suprema Corte bonaerense tiene dicho que ?el principio de la responsabilidad de los padres por el ilícito de su hijo, contenido en el art. 1114 del Código Civil, prevé como exención (es decir, como eximición de esa responsabilidad) las previsiones del art. 1116. Sin embargo, más allá de si se trata de un caso de responsabilidad directa o indirecta, lo que exige la norma es algo mucho más severo y riguroso: los padres demandados deben acreditar que no solo hicieron cuanto debían sino que, además, les ha sido imposible impedir que ocurriera lo que ocurrió. Sólo si se interpreta de esta manera el viejo precepto del art. 1116 puede incardinárselo consistentemente en el sistema de la responsabilidad que se generó a partir de la reforma de 1968 y, en particular, luego de la modificación que al art. 1114 se impuso por la ley 23.264? (Juba B3902184, SCBA LP C 100432 S 27/06/2012, ?Fantini...?). Lo anteriormente expuesto me lleva a propiciar la revocación de esta parcela de la sentencia, haciendo extensiva la condena al co-demandado Diego Osvaldo Balestrini. 3-) En cuanto a la asignación de un 20% de responsabilidad en la incidencia causal del daño a la víctima del hecho, por falta de uso de casco protector los argumentos del apelante resultan insuficientes para modificar el fallo. Esta Sala, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia imperantes, tiene dicho que la falta de uso del casco protector no resulta computable como factor de agravamiento del daño, cuando ello no tenga relación directa y comprobada con los daños sufridos por el motociclista (vgr. lesiones en los miembros inferiores). Más es innegable que en el supuesto de autos -traumatismo encefálico- el uso de casco protector podría haber disminuido el impacto -para ello están diseñados- o distribuido el mismo de manera de haber conferido a la víctima posibilidades de sobrevida. Al respecto este Tribunal ha decidido que ?...en cuanto a la falta de uso de casco protector, que también constituye una infracción de tránsito, corresponde aclarar, como lo viene sosteniendo la Casación bonaerense en doctrina receptada por esta Sala desde antaño en diversos pronunciamientos, que ello no constituye un factor de atribución causal de responsabilidad en la producción del hecho dañoso, sino un factor de agravamiento de los daños causados (lesiones de la propia víctima), que no corresponde computar en la asignación de responsabilidad sino en la cuantía indemnizatoria...? más allá de que la falta de casco es una infracción a una norma de tránsito que por sí mismo no es determinante de responsabilidad (conf. Causas Ac. 48.754 del 3/8/93; Ac. 47547 del 31/8/93; etc.), esa omisión podrá -eventualmente- incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, más no se puede sostener que haya repercutido en la causación del hecho? (SCBA, Ac. 61.908, 15/7/97, ?Chiarelli, Enrique Ángel y otro c/ Iribas, René Luis. Daños y perjuicios?; Ac. 70.399, sent. del 29-XII-1999 en ?D.J.B.A.?, t. 158-98).? (SCBA, AC 80535 ?Ghigliazza, Jorge D. y otro...?, del 04/12/2002; en igual sentido, C 102.367, ?Fernández, Ismael Enrique...?, del 18/02/2009; esta Sala, causa N° 41.101, sent. 09/03/2000 ?Miñaur de Sabathié...?; causa N° 41.134 ?Romero...?, sent. 27/6/2000; causa N° 52.992, ?Comes Dumoulin...?, sent. 06/08/09; causa N° 52.421, ?Vegetti...?, sent. 05/11/08; causa N° 60094, ?Brut...?, sent. 15/12/15). La falta de uso de casco protector debe receptarse como un factor determinante del mayor daño sufrido, aunque esta infracción no constituya una fuente objetiva de responsabilidad ni culpa de la víctima en el sentido interruptivo del nexo causal del art. 1113 párrafo 2, última parte, del Cód. Civil; pero es indudable que en una visión integral del hecho dañoso, debe computarse a los fines indemnizatorios, en particular tratándose de lesiones en el oído.....? los peritos en accidentología destacan que ?la utilización de cascos es la más importante medida de seguridad para los motociclistas según los registros estadísticos en los cuales se compararon los accidentes fatales con los no fatales. El casco da dos protecciones simultáneas: distribuye las fuerzas concentradas sobre toda la cabeza y distribuye la energía del impacto? (Esposti, Mario Degli, ?La pericia accidentológica?, Derecho de Daños, n° 3, p. 286/287; ?Miñaur...?; esta Sala, causa n° 61.726 ?Canozo...?, del 25/4/2017). Lo expuesto, y la ausencia de argumentos críticos valederos para desvirtuar lo resuelto, me lleva a proponer la confirmación de esta parcela del fallo (art. 260 CPCC). IV). Arribamos así al tratamiento del cuarto y quinto agravios, ambos relacionados en tanto se refieren a la determinación del daño resarcible y a la cuantificación de los montos indemnizatorios asignados a los actores. Antes de comenzar su estudio, y a tenor de lo resuelto en el Considerando anterior, primer apartado, debo mencionar que la citada en garantía no pudo apelar, en razón de haberse hecho lugar en primera instancia a la cláusula de exclusión de cobertura por culpa grave del conductor, que por el presente voto se revoca. Ante ello, atendiendo al principio de apelación implícita o adhesiva (SCBA, C.118128 ?Rearte...?, sent. 08/04/2015, voto Dr. Pettigiani; Tessone-Azpelicueta, ?La Alzada, Poderes y Deberes?, pg. 171/173, C.S.N.: Fallos 190-318; S.C.B.A.: Ac.29.443, del 4/11/80; C.S.N.: in re Coix S.A. c. Fergon S.R.L., del 6/11/79) y considerando todas las cuestiones que la aseguradora planteó oportunamente en primera instancia al contestar la citación en garantía, tanto en lo referente a la procedencia del daño como a su cuantía, se analizarán dichas cuestiones conjuntamente con los agravios de los apelantes. También, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia, si bien identifica la fórmula

empleada (art. 1746 CCCN), no indica las variables utilizadas para cada uno de los reclamantes, se procederá a cuantificar los rubros indemnizatorios conforme a los criterios habituales de cuantificación de este Tribunal. 1 -) Daño patrimonial: La sentencia hizo lugar al rubro ?Pérdida de chance? por el fallecimiento del hijo a ambos padres; en la demanda se manifestó que sólo a la madre el joven Molinuevo le prestaba asistencia en lo personal, en tanto vivía con ella y la atendía por su discapacidad, y que además le aportaba dinero. Pese a ello, no existe prueba alguna de que el joven fallecido haya tenido una actividad laboral estable, no tenía estudios, ni oficio, limitándose los testigos a enunciar vagamente que hacía changas, sin poder indicar razonablemente el monto mensual de sus ingresos. Es innegable y así está reconocido, que los padres en su ancianidad razonablemente pueden esperar algún tipo de ayuda económica de sus hijos, en la medida de las posibilidades de éstos. En tal caso, el daño patrimonial es la pérdida de chance de ayuda futura y de asistencia material y espiritual que el joven habría podido prodigar, en lo personal a la madre y en lo material a ambos padres, cuando fuesen adultos mayores. Se trata de un daño patrimonial que en el régimen del Código Civil derogado era una creación pretoriana y que recoge expresamente el art. 1745 inc. c) CCCN. Este Tribunal resolvió reiteradamente que ?cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces o solteros y sin descendencia, se presume a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus progenitores o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético? (esta Sala, causa n° 39345, 11/8/98, "Saloiña?", causa n° 39541, 8/9/98, ?Luján? y causa N°47221 17/12/04 ?Giacoboni?). De modo que el daño resarcible es la pérdida misma de la chance y no el valor intrínseco de la vida humana ni para si ni para terceros (arts.1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y concs. Cód. Civ.), ya que ?cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica? (Zavala de González, Matilde, ?Resarcimiento de daños?, T.2b, pág.242; esta Sala, causa n° 37517, 7/4/97, ?Cabrera de Quin?). La chance es la probabilidad objetiva y cierta -y no la mera posibilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea ?suficiente?. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño -actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos -el llamado ?principio de regularidad?- es decir lo que sucede ?según el curso natural y ordinario de las cosas?, como lo expresó Vélez Sarsfield en el art.901 del Código Civil (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible" p.97; S.C.B.A., Ac.6957, 29/6/65 ?Minutta?, voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, L.L., 119-394; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en "Temas de responsabilidad civil". En Homenaje a Augusto M. Morello, p.28; Piaggio, Aníbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-812 (cap.IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p.128; esta Sala, causas N° 42469, 26/6/2001, ?Cerdeiro?; N°51084, 06/11/2007 ?E.R.D. c/E.R.D. s/ Ds. y Pjs.? E.D.228-417). ?Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida? (Mayo Jorge A. ?La pérdida de 'chance' como daño resarcible? L.L.1989-B-106) que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. ?in extenso? Piaggio Anibal ?Azar y certeza en el derecho de daños? cit. E.D.152-815; causas N°48.073, 12/5/2005 ?Zarza?; 42.976, 6/9/2001 ?Testa?, 27/3/2013, Causa n°: 2-57090-2012, ?Pérez, Nicolás y Otros c/ Zoffranieri, Salvador y Otro s/ Daños y Perjuicios?; c. 50.557, del 20/10/16, ?Cordoba...?; C. 61459, del 7/3/17, ?Corradi...?). Esta indemnización corresponde -dado la fecha del hecho, en virtud de los arts. 1066, 1079, 1083 y concs. CC. A fin de estimar cuál sería la mayor o menor probabilidad de esa ?chance? respecto de ambos padres, debe recordarse la escasez en materia probatoria por parte de los actores, cuyo reclamo está basado en una serie de afirmaciones, negadas por las partes demandada y citada en garantía y luego acreditadas solo parcialmente (art. 375 CPCC). En este sentido, como ya dije, no existe prueba alguna de los ingresos del joven fallecido, ni del aporte económico real que podría efectuar a sus padres; por el contrario, los testigos reconocen que la madre percibía una pensión por discapacidad y la abuela conviviente una jubilación y una pensión del esposo fallecido; de modo que Molinuevo en realidad utilizaba la vivienda que habitaban su abuela y su madre y el ingreso mensual en el hogar de tres beneficios previsionales. No está probado que a la fecha de su deceso efectuase aporte económico significativo a la economía de ese hogar, aunque pueda presumirse que lo hacía. Tampoco existe evidencia alguna de que a la fecha del deceso estuviese prestando algún aporte económico a su padre, por entonces ya pensionado por la vista (cfr. pericia psicológica, fs.224/226). Asimismo debe tenerse en cuenta que el joven Molinuevo en el futuro debería utilizar un porcentaje importante de sus ingresos -por cierto no calificados- para su propia manutención y de la eventual familia que formase, de modo que, considerando las especiales circunstancias del caso, considero razonable estimar que podría haber destinado un 25% de sus ingresos a su madre (muy enferma, y con la que convivía), y un 10% a su padre. Por otra parte, conforme las máximas de la experiencia, aparece como razonable asignar, dado el aludido estado de salud de la madre, un 70% de probabilidad de chance de ayuda material futura, además de la asistencia personal que sin duda ya le prestaba. En cambio, en el caso del progenitor -que según vimos, también percibe una pensión no contributiva por discapacidad-, esta probabilidad, considerando lo reducido de los ingresos de Molinuevo hijo y el aporte primordial que debería prestar a su madre, se reduce a un 50%. La explicitación de las pautas fácticas apreciadas para cuantificar

son primordiales para apreciar la razonabilidad de la indemnización y para permitir su revisión por las instancias superiores. Tiene dicho la Casación local mediante voto del Dr. de Lazzari que "en la determinación del quantum indemnizatorio, los jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto" (S.C.B.A., Ac.94556, 07/04/2010, "Schmidt, José Alberto c/ S.A.E.S. Línea 5 s/ Enfermedad Profesional"; S.C.B.A. Ac. C106323, 19/09/12 "V., N.B. c/ Durisotti Rodolfo. Daños y Perjuicios"; conf. esta Sala, causa n° 57.090, 27/03/2013, "Pérez..."; causa n° 59.427, sent. 25/8/2015, "Acosta"; causa n° 59.747, del 8/9/2015, "Dos Santos..."; n° 60.631, del 27/9/2016, "Mutuberría...", entre otras). Por consiguiente, considerando las fórmulas de cuantificación que viene aplicando este tribunal (art. 1746 CCCN), y partiendo de un ingreso mensual equivalente a un salario mínimo, vital y móvil (a la fecha de esta sentencia es de \$11.300, conforme Res. 3/2018 CNEP y SMVM); una expectativa de vida para ambos padres de 75 años según lo propician los accionantes (hecho que ocurriría antes del final de la vida útil del hijo de no haber éste fallecido, 65 años); la edad de la madre (56 años) y la del padre (57) al momento del deceso; un ingreso anual potencialmente afectado del 25% del SMVM actual (en el caso de la madre) y del 10% (en el caso del padre), y una tasa de descuento del 4% anual, utilizaré la siguiente fórmula de renta constante no perpetua: Donde "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada para cada período anual, "i" la tasa descuento anual, y "n" el número de períodos indemnizatorios restantes. Afectando los resultados que arroja la fórmula indicada -acorde los valores determinados para cada progenitor- al porcentaje de chance de ayuda ya estimado para cada uno (70% para la madre, y 50% para el padre), considero ajustado a derecho fijar las siguientes sumas indemnizatorias: a) Para la madre: \$ 300.000 b) Para el padre: \$ 90.000 A dichas sumas deberán adicionársele los intereses desde la fecha de fallecimiento del hijo, según se expresa en el apartado 4) del presente. 2)- El segundo punto a tratar es la procedencia del "daño psicológico" como "tertium genus" o daño independiente, como lo peticionan los actores. En la demanda se reclama para ambos padres, aduciendo la existencia de daño psicológico con independencia del daño moral. La sentencia sostiene que no se solicitó en la demanda gastos para tratamiento terapéutico, por lo que no asigna monto alguno en tal concepto-lo que arriba firme a esta instancia- y sí admite la procedencia de daño psicológico con independencia del daño moral. Este Tribunal participa de la corriente que propicia la existencia de dos grandes tipos de daños: el patrimonial y el extrapatrimonial o moral. El daño psicológico, en caso de generar una patología psicológica o psiquiátrica permanente, se indemniza como daño material; de igual manera se consideran los gastos de tratamientos psicoterapéuticos. Todas las alteraciones del espíritu propias del sufrimiento ocasionado a las víctimas y/o familiares por el hecho dañoso, se indemnizan como daño extrapatrimonial. Con relación específica al daño psicológico o psíquico, y no obstante que la cuestión no es unánime, en la doctrina y jurisprudencia prevalece el criterio de que la lesión psíquica como daño jurídico es resarcible como integrante de la incapacidad psicofísica cuando la alteración psicológica alcanza el grado de patología o enfermedad irreversible y permanente, sin perjuicio de su incidencia, concurrente o no, en el rubro daño moral. Sobre el tópico tiene decidido esta Sala que "el daño psicológico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico. No constituye un daño autónomo, debiendo ser considerado como integrando el daño material -en el rubro incapacidad-, o el daño moral" (esta Sala causa N°52757, 13/8/09 "N.,A.M. c/M., M.A. y otra s/Ds. y Pjs.") (cf. esta Sala, causa n° 54.530, 23/08/11, "Torres c/ Bustingorry s/ Daños y Perjuicios", entre otras; ver también: "Acerca del daño psicológico", J.A., 2005-I-1197). Esta pauta interpretativa es inveteradamente pregonada por la Corte Nacional(cf. C.S. Fallos 315:2835 in re 1/12/92 "Pose José c/ Provincia de Chubut y ot."; Fallos 321:1225 in re "Zacarías Claudio c/ Provincia de Córdoba"). El daño psíquico supone "una perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado (cf. Zavala de Gonzalez, Matilde, "Daños a las personas: integridad sicofísica" T. 2, a, p. 231). "Importa -dice otro autor- un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-genético o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectivas y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativo" (cf. Kraut, Alfredo J., "Los derechos de los pacientes", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 140, N° 23). El daño psíquico -se añadió- constituye una afección de la personalidad o del equilibrio emocional de la víctima que altera el funcionamiento del cerebro, del razonamiento o de las facultades intelectuales o de la mente de la persona, que produce un daño que debe ser traumático, patológico e irreversible, configurando incapacidad parcial o permanente (cf. Taraborrelli, José N. "Daño psicológico" JA 1997-II-11; esta Sala, causa n° 60.631, 27/09/16, "Mutuberría ..." cit., C. 60.557, sent. 20/10/16,"Cordoba..."). Según surge de diversas manifestaciones y reconocimientos de ambas partes en estos autos (ver audiencia confesional videograbada, fs.255), la Sra. María Elena González era una persona depresiva crónica que en su juventud había realizado varios intentos de suicidio; en el último de ellos, cuando el joven César Molinuevo tenía apenas 4 años de edad, la madre se disparó en la sien, quedando hemipléjica y con algún tipo de discapacidad cognitiva (tuvo pérdida de masa encefálica). No está debidamente probado que tipo de incapacidad tenía y en qué grado. En la pericia psicológica se menciona que se desplaza en silla de ruedas, uno de los testigos menciona que camina con trípode dentro del

hogar. En cualquier caso, la perito psicóloga indica que no puede determinar-como sí lo hace la psiquiatra- qué incidencia ha tenido la muerte del hijo en el plano psicológico de la madre, por lo cual no puede evacuar los puntos de pericia. El certificado de la médica clínica Dra. De la Torre (fs.201), indica que tenía como secuela de herida de arma de fuego: hemiparesia facio braqueo craneal izquierda, y era depresiva, con componente ansioso, profundizándose su mal estado anímico como consecuencia de la muerte de su hijo, por lo que la derivó a la psiquiatra para la revisión de su plan medicamentoso y terapia; estando estabilizada a la fecha del certificado (10/10/2015). El certificado de la médica psiquiatra Dra. Sonia Simkovic (fs. 186) indica que fue asistida en 2012 por presentar ?cuadro depresivo con gran componente de ansiedad?. El accidente desencadena en ella un cuadro de angustia y ansiedad severo y cotidiano, debido al estrés postraumático. Ello se ve agravado por las secuelas neurológicas y el deterioro cognitivo. Fue necesario la implementación de acompañamiento terapéutico para cubrir sus necesidades básicas. Fue medicada con Lorazepan (2 mg. noche y 1 mg. tarde). No surge de dicho certificado con carácter de patología psicológica, sino un estrés postraumático, agravado por el cuadro neurológico y deterioro cognitivo preexistente. De dicho certificado no puede inferirse la existencia de una nueva patología instalada y permanente, ni en qué medida resultó en un agravamiento de la patología y del deterioro cognitivo preexistentes. Tampoco se indica la necesidad de realización de tratamiento psicoterapéutico; solamente se indica medicación y acompañamiento; no existiendo otra prueba sobre la modalidad de implementación del mismo ni si quedó a cargo de obra social o en forma particular. Por tal motivo, no resulta procedente la indemnización de daño psicológico como patología permanente o agravamiento de la patología preexistente y con carácter de daño patrimonial (arts. 164, 384, 474 CPCC). Respecto del padre, la pericia psicológica dista de exhibir claridad y suficiencia en sus conclusiones. Se advierte sí, el dolor profundo del padre por la pérdida de su hijo, con quien eran muy compañeros; pero tampoco puede decirse que de sus términos pueda determinarse la existencia de una patología psicológica o psiquiátrica de carácter permanente, más allá del lógico estrés postraumático (reversible con tratamiento psicológico); y por otra parte, manifiesta que el actor no se muestra abierto a esta posibilidad; aunque indica el costo de un tratamiento mínimo de un año, a la fecha de la pericia, no puede asignarse monto alguno por este rubro no sólo dado la forma de apelación, sino la propia negativa de la parte a dicha posibilidad. Corresponde en consecuencia revocar parcialmente la sentencia, dejando sin efecto las sumas conferidas a ambos padres por este rubro, con la aclaración de que el daño psicológico en el presente caso quedará subsumido en el rubro daño moral. 3)- En cuanto al daño moral reclamado por ambos padres, conforme lo viene manifestando este tribunal, para cuantificar este daño no patrimonial- como lo denomina el art 1741 CCCN- se debe tener en cuenta que tiene función compensatoria y sustitutiva del enorme perjuicio al patrimonio moral de los actores (conf. Galdós Jorge M., ?Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires?, en Revista de Derecho de Daños, 2004 - 3, ?Determinación judicial del daño - I?, pág. 31; y ?Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires?, en Revista de Derecho de Daños, 2005 - 3, ?Determinación judicial del daño - II?, pág. 89)? (conf. esta Sala, causa n° 58.109, 20.02.14, ?Montesano ...?), y debe atender la índole del hecho generador de la responsabilidad (un hecho ilícito extracontractual cometido por gravísima imprudencia del conductor del auto) y la entidad del sufrimiento causado ?aunque sea dificultosísima su cuantificación" (C.S., 14/7/2015, "Meza"). En autos está suficientemente explicitada la evidencia del daño moral de los padres por el dolor, aflicciones y angustias provocados por la muerte del hijo, que afecta sus emociones y sentimientos, en los términos del art 1738 y concs. CCCN que alude a las ?aflicciones espirituales legítimas y a la salud psicofísica?. Ello, en definitiva, representa la modificación disvaliosa existencial que debe ser reconocida e indemnizada. El dolor moral se presume ?in re ipsa? en caso de fallecimiento, por ello este Tribunal viene sosteniendo la conveniencia de contar con una cierta previsibilidad en la fijación de su monto, en circunstancias fácticas similares (vgr., muerte de un hijo, esta Sala, causas n°57090, Pérez, del 22/03/13; n° 57332, ?Moyano...?, del 28/8/2013; n° 58514, ?Molina...?, del 22/03/13; n° 58109, ?Montesano...?, del 20/02/14; n° 59.747, ?Dos Santos...?, del 8/9/2015). Nuestra Suprema Corte tiene dicho que se debe evitar que lo que debe ser un resarcimiento se transforme en un injustificado o irrazonable enriquecimiento y por otro, que la reparación resulte algo así como una limosna más destinada a acallar conciencias que a restañar una herida?(voto Dr. De Lázzari, SCBA; causa 188.085). El criterio del reciente Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1741, últ. párrafo, ha sido el de procurar las ?satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?(arts. 1741 y 1742 CCCN; 165 y 384 CPC). Bajo estos criterios rectores, considero justo y equitativo asignar para cada uno de ambos progenitores, en concepto de daño moral -comprensivo del daño psicológico-, teniendo como parámetros las indemnizaciones que viene asignando esta Sala en casos recientes, como asimismo la detracción resultante del porcentual de responsabilidad en el daño asignado a la propia víctima, la suma final de \$ 530.000, receptando así el agravio de los apelantes y modificando la sentencia recurrida. 4)- Finalmente, también como consecuencia del principio de la apelación implícita o adhesiva respecto de la citada en garantía, se impone la revisión de la tasa de interés aplicable, en razón de haberse fijado los montos indemnizatorios a valores actualizados al momento de la sentencia, y del criterio establecido por la Suprema Corte a partir de las causas C. 120.536, ("Vera, Juan Carlos...?", del 18/04/18), y ?Nidera S.A.? (C 121.134, del 03/05/18). En los aludidos precedentes, el Máximo Tribunal resolvió que cuando sea

pertinente el ajuste por índices, o cuando se fije un quantum indemnizatorio a valores actuales (como se ha justipreciado en autos), debe aplicarse desde el hecho dañoso y hasta la sentencia, el denominado "interés puro" que la Suprema Corte determinó en esos precedentes en el 6% anual. De allí en adelante, resolvió el Alto Tribunal, debe aplicarse la tasa de interés que surge de la doctrina legal sentada en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (sents. del 21/10/2009), y C. 119.176, "Cabrera" (sent. del 15/06/2016); es decir, la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, y que en la actualidad está constituida por la Tasa pasiva digital o Tasa Bip. En consecuencia, propicio aplicar desde la fecha del hecho dañoso de autos hasta la del presente decisorio, sobre las sumas de condena, intereses al 6% anual, devengándose de allí en más y hasta el efectivo pago, intereses a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días. Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. GALDOS y PERALTA REYES votaron, por iguales fundamentos, en idéntico sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Señora Jueza Doctora LONGOBARDI, dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, corresponde: 1) Declarar la nulidad de la cláusula de exoneración prevista en el Anexo cláusula 5 de la póliza de Seguros en relación al "conductor autorizado", por resultar la misma abusiva y contraria a los arts. 70, 114 y 158 de la Ley de Seguros, conforme lo expuesto en el Considerando III, ap. 1, haciendo extensiva la sentencia a la citada en garantía Río Uruguay Seguros Cooperativa Limitada. 2) Revocar la sentencia en cuanto exime de responsabilidad al co-demandado Sr. Diego Osvaldo Balestrini. 3) Confirmar la sentencia en cuanto asignó un 80% de responsabilidad en las consecuencias del hecho dañoso a los demandados y un 20% a la víctima del hecho, por falta de uso del casco protector. 4) Modificar parcialmente la sentencia en cuanto a los rubros y montos indemnizatorios asignados a los apelantes, conforme lo expuesto en el Considerando IV. 5) Confirmar la imposición de costas de primera instancia e imponer las costas de alzada, en atención a la forma en que prosperaron los agravios, en un 90 % a los demandados y en un 10% a los actores. 6) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 14.967). Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. GALDOS y PERALTA REYES votaron, por iguales fundamentos, en idéntico sentido. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA Azul, 9Febrero de 2019. - AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) Declarar la nulidad de la cláusula de exoneración prevista en el Anexo cláusula 5 de la póliza de Seguros en relación al "conductor autorizado", por resultar la misma abusiva y contraria a los arts. 70, 114 y 158 de la Ley de Seguros, conforme lo expuesto en el Considerando III, ap. 1, haciendo extensiva la sentencia a la citada en garantía Río Uruguay Seguros Cooperativa Limitada. 2) Revocar la sentencia en cuanto exime de responsabilidad al co-demandado Sr. Diego Osvaldo Balestrini. 3) Confirmar la sentencia en cuanto asignó un 80% de responsabilidad en las consecuencias del hecho dañoso a los demandados y un 20% a la víctima del hecho, por falta de uso del casco protector. 4) Modificar parcialmente la sentencia en cuanto a los rubros y montos indemnizatorios asignados a los apelantes, conforme lo expuesto en el Considerando IV. 5) Confirmar la imposición de costas de primera instancia e imponer las costas de alzada, en atención a la forma en que prosperaron los agravios, en un 90 % a los demandados y en un 10% a los actores. 6) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 14.967). Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase a su Juzgado de origen.

041199E