

## Accidente En Ruta Caída En Un Pozo

### JURISPRUDENCIA

### Accidente en ruta. Caída en un pozo

### Se rechaza íntegramente

la demanda por los daños y perjuicios que reclama haber sufrido el accionante cuando se desplazaba en un vehículo de tracción a sangre, al caer en un pozo de una obra que no estaba adecuadamente señalizada. En la ciudad de Mar del Plata a los 7 días del mes de mayo de 2019, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?VERA, Emilio Oscar c. CAMINO DEL ABRA S.A. CONCESIONARIA VIAL Y OTROS s. DAÑOS Y PERJUICIOS?. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Rubén D. Gérez. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia que obra a fs. 1511/1539, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios entablada por Emilio Oscar Vera (continuada por sus sucesores), contra Coarco S.A. y Camino del Abra S.A.C.V., y las condenó - junto con las aseguradoras- a pagar a los herederos del actor la suma de pesos doscientos cuarenta mil (\$ 240.000), con más intereses y costas. Para decidir del modo en que lo hizo, el Sr. Juez evaluó distintas hipótesis acerca del lugar por donde circulaba la víctima, y el modo en que ocurrieron los hechos teniendo en cuenta para ello la contradicción entre los dos relatos efectuados por Vera (en este proceso civil y en la IPP adjunta), no obstante lo cual, y considerando que el incumplimiento del ?Programa de seguridad? en prevención de riesgos del trabajo hubiera evitado el hecho, concluyó que la culpa de la víctima determinó el hecho dañoso en un 80%, y en el 20% restante, correspondía atribuir la responsabilidad a los demandados como dueño y guardián de la obra que no estaba adecuadamente señalizada. En cuanto a los daños, el Sr. Juez hizo lugar al reclamo por incapacidad sobreviniente que provino de las lesiones físicas por la suma de pesos ciento veinte mil, a la incapacidad derivada de la lesión a la psiquis y los gastos de tratamiento en la suma de pesos treinta mil, y al daño moral por la suma de pesos noventa mil, con más intereses. Rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por La Mercantil Andina S.A., en razón de que: a) la aseguradora no se pronunció dentro del plazo del art. 56 de la ley 17.418 alegando la exclusión de cobertura fundada en que el hecho se habría producido fuera del ámbito territorial y temporal del seguro, sino que se limitó a invocar la mora del asegurado en el pago del premio, y la consecuente suspensión de la cobertura; b) no hubo mora de la asegurada, pues al no haberse entregado la póliza -emitida el día del siniestro- no era exigible el pago de la prima, conforme el art. 30 de la ley 17.418. II: Apelaron las partes y las citadas en garantía, los recursos les fueron concedidos, expresaron agravios y respondieron. II.1: La expresión de agravios de la demandada Camino del Abra S.A. pone de resalto la contradicción manifiesta entre la descripción de los hechos que hizo la víctima y repitieron sus hijos en la IPP, frente al relato ?compuesto? para la demanda, la falta de credibilidad de los testigos Benítez y Saires ya destacada por el Juez, quien además habría afirmado que no se puede determinar a ciencia cierta qué fue lo que realmente sucedió. Luego de resaltar las dudas que considera insuperables en cuanto a los hechos, el apelante señala la prohibición de circular por la ruta vieja que la víctima habría violado, recuerda que el actor estaba alcoholizado, y que las medidas establecidas por la SRT cuya ausencia ha servido para fundar la decisión, en realidad están dirigidas a quienes trabajan en la obra, y no a terceros que se introduzcan clandestinamente en la zona prohibida. Pide que la demanda sea rechazada. II.2: La codemandada Coarco S.A. considera que el relato de la actora es temerario, y que en razón de las contradicciones manifiestas de la demandante y de los testigos no es posible saber cómo fue que ocurrió el hecho. Entiende además, que se ha probado la culpa de la víctima en razón de la expresa prohibición legal de circulación de bicicletas en la ruta 226 por la ley 24.449, que transcribe detalladamente, y que - en cualquiera de las hipótesis sobre cómo pudo haber caído Vera en la zanja- esa caída es consecuencia de la conducta imprudente y negligente de la víctima, por lo que la asignación del 20% de responsabilidad debe revocarse. II.3: Los agravios de La Meridional Compañía Argentina de seguros S.A. comienzan indicando ?...la escasez de fundamentos que posee el fallo en cuestión, a los fines de proceder a la condena de mi mandante, determinando la inconstitucionalidad y nulidad de la franquicia?, para luego agravarse del ?...ámbito en el cual encuadra el sentenciante la responsabilidad del concesionario vial?, y en el título referir al ?guardián? al ?dueño? y al art.1113 del derogado Código Civil, considerando - primero - que la ruta no es un objeto vicioso o riesgoso, y por lo tanto resultaría aplicable el sistema subjetivo previsto en el art. 1109 del mismo ordenamiento, para luego transcribir un párrafo de un fallo que aplica el factor de atribución objetivo. En el agravio que titula: ?errónea valoración de la prueba? reitera que no puede imponerse la responsabilidad objetiva al concesionario vial, insiste en la aplicación de la responsabilidad subjetiva, advierte que ?Es dable destacar la intervención del actor

en el hecho de autos, que el Juez de grado, lo reconoce a lo largo de toda su exposición?(sic), transcribe párrafos enteros de la sentencia, predica la culpa del demandado que no circuló con cuidado y prevención, transcribe el art. 48 de la ley 24.449, y concluye que por las pruebas producidas, el único responsable es el actor. Se agravia de la condena que califica como solidaria. Señala que la única responsable de la obra es Coarco S.A., que su parte no incumplió ningún deber ni se encontraba a cargo de la señalización, para luego impugnar los montos atribuidos a cada daño. II.4: El recurso de la Mercantil Andina ha sido dirigido a cuestionar el rechazo de la falta de legitimación pasiva opuesta a la citación efectuada por la demandada Coarco S.A. El apelante señala que la aseguradora ha sido condenada en base a una póliza distinta (n° ... endoso ...) de aquella por la cual fue traída a este proceso (n° ... endoso ...). La póliza obrante a fs. 211/22 fue la que fundó la citación en garantía, y en función de ella se argumentó al responder que el hecho ocurrió fuera del ámbito temporal y espacial de cobertura, y la asegurada estaba en mora al día del hecho, por lo que la condena se aparta del objeto de la controversia planteado por Coarco S.A. y la sentencia debe ser revocada. En su segundo agravio, sostiene que la presunción del art. 56 de la ley de seguros no se aplica al caso, en tanto la compañía no está obligada a pronunciarse cuando no hay seguro. La ausencia de seguro que cubra el lugar donde ocurrió el hecho, fue advertida por el propio juzgador, pese a lo cual razonó en contra del postulado desoyendo la doctrina legal de la SCBA que no exige pronunciamiento en caso de que el hecho resulte extraño a la relación asegurativa. Al condenar a la aseguradora en base a una póliza distinta y posterior, la decisión violaría - además- el art. 3 de la ley de seguros que establece la nulidad del contrato de seguro si al tiempo de su celebración el siniestro ya se hubiera producido. Explica que la empresa estaba al tanto porque quien prestó auxilio a la víctima es un empleado de Coarco (al que erróneamente identifica con el Sr. Juez de Paz de la ciudad donde se rindió el testimonio), concluyendo que Coarco S.A. conocía el hecho cuando solicitó la ampliación al sector donde -precisamente - había ocurrido el hecho, y que más allá de la nulidad, incurrió en la reticencia del art. 5 LS. Expone además, que si como sostiene la asegurada, hubo un error en la primera póliza acerca del lugar de cobertura, rige el art. 12 LS que le otorga al asegurado un plazo de treinta días para reclamar, y que Coarco debió impugnar tanto la póliza original por el lugar cubierto, como el endoso por su fecha de inicio de la cobertura, pero primó la picardía. Finalmente, el apoderado de la aseguradora entiende que Coarco S.A. estaba en mora tanto en la póliza como en el endoso posterior, pues la póliza fue emitida el 24 de Febrero y entregada al productor el 10 de Marzo, y ¿despachada inmediatamente a su cliente de más de 20 años?. Luego de presumir una fecha posible de entrega de la póliza, razona que ante su pago en el día de la entrega, podía haber rehabilitado la vigencia desde la fecha de su emisión, pero que ello no sucedió y que Coarco S.A. pagó un mes y cuatro días después del siniestro, por lo que entiende que el rechazo por falta de pago ha sido correctamente hecho. II.5: Los agravios de la actora son los siguientes: a) Critica el porcentaje de autoría asignado a la víctima, estimando que debe asignarse el 100% de responsabilidad a los demandados. La apelante intenta justificar las contradicciones entre los diferentes relatos del actor acerca de la mecánica del hecho, poniendo de resalto que Vera estaba afectado por un shock postraumático, internado, cuadripléjico, no podía firmar, que se expresaba como podía y que en ese estado no podía exigírsele una descripción de un ¿literato?, que esa descripción y redacción ¿la toma un policía?, y a pesar de las dudas sobre el relato, nadie se preocupó por despejarlas, ni por escuchar la verdad de los hechos. También aspira a dejar resuelta la confusión sobre el lugar por donde el actor venía circulando en su bicicleta, explicando que hay un problema ¿semántico? que la ha generado, pues la expresión ¿ruta vieja? se refiere al trazado que se usaba en aquel momento y que todavía no había sido construido con su doble trocha, ¿...no era el lugar en construcción, que estaban construyendo o camino nuevo en la terminología del Sr. Vera al menos) ni de la letrada apoderada Dra. Bedoya,...? (sic fs. 1592). Detalla que Vera giró hacia su casa por el mismo lugar que había atravesado esa mañana para salir hacia su trabajo, y que habiendo sido suprimido ese paso por el avance de obra a lo largo de ese mismo día, al regresar impactó contra un montículo de tierra allí acumulado que, sin aviso ni señalización alguna, constituyó un obstáculo riesgoso en su marcha. La misma explicación extiende el apelante en relación al croquis de la IPP 137.570. b) Se agravia de que se le atribuyan inconsistencias y contradicciones a los testigos, y que se sospeche de ellos por no haber declarado en la IPP, pese a haber sido quienes tuvieron el primer contacto con la víctima. Explica que Vera estaba internado cuadripléjico y no estaba en condiciones de buscar testigos, que Saires y Benítez no son compañeros de trabajo por lo que la deducción del Sr. Juez es errada, que no llegaron juntos sino en forma sucesiva e independiente, y que el Sr. Juez no mantiene la igualdad de las partes cuando toma por válidas las declaraciones de los empleados de las demandadas, y no les exige que traigan al conductor de la camioneta auxiliada por el peaje. c) Se queja de que se le haya atribuido a la víctima un estado de embriaguez que no ha sido probado. Considera que ese estado no puede probarse por la declaración de dos testigos, y aunque le hubieran hecho ¿una alcoholemia? es de dudoso valor constitucional ya que no afecta a todas las personas por igual. Explica que el ¿aliento etílico? es insuficiente para endilgarle a la víctima un estado de embriaguez a quien vino conduciendo su bicicleta por cuatro kilómetros y solo cayó ante un obstáculo sin señal, de noche. Reitera que no surge de la IPP o de la HC del HIGA ningún indicio al respecto, y que la aplicación del art. 1113 del Código Civil por entonces vigente lleva a que - habiéndose probado la existencia de la zanja sin señalizar - el total de la

responsabilidad deba ser atribuido a las demandadas. En torno a las condiciones de la bicicleta en la que Vera se transportaba, la apelante recurre a destacar que Vera, ya fallecido, era un hombre humilde, de 65 años con seis hijos y nietos, que usaba la bicicleta para transportarse a su trabajo, no hacía "mountain bike", y que no puede atribuírsele responsabilidad por su "rodado fino", pues aun cuando se hubiera desplazado en una "todo terreno" no hubiera podido sortear la zanja abierta y a oscuras. d) En relación a la evaluación de los daños sufridos, la apelante se queja de la indemnización por incapacidad, señalando que no se ha explicado en la sentencia a qué valores actuales se refiere el Sr. Juez cuando fija la suma de pesos ciento veinte mil, comprendiendo en ese monto los rubros reclamados en la demanda como "daño a la salud" y "pérdida del derecho a una vida plena". Reclama que esta indemnización sea calculada en base al salario mínimo, vital y móvil actual que resulta aplicable conforme los antecedentes de esta Sala que detalla y que elevarían los montos a \$ 4.655.000 o 2.379.285,60 si el parámetro a considerar fuese el valor del dólar estadounidense, montos éstos que resultarían más adecuados -incluso en caso mantenerse el porcentaje de autoría- luego de quince años de litigio. Se queja del rechazo de la reparación al daño estético, considerando injusto que por ser un hombre adulto y humilde se vea obligado a andar por la vida como "scare face", y reclama que se haga lugar al rubro. Se agravia también de los valores fijados en la sentencia para reparar el daño psíquico y el moral en las sumas de pesos treinta mil y noventa mil respectivamente a los que considera bajos, para finalmente solicitar que se fije la tasa de interés activa conforme antigua jurisprudencia de esta Sala II. III: Propongo tratar en primer lugar, los recursos de las partes en cuanto impugnan la autoría y responsabilidad establecidos en la sentencia. Tomando en cuenta la exigua versión de los hechos relatados en la demanda a fs. 73, (art. 163 inc.6 del CPC) entiendo que la infracción al art. 67 de la ley 11.430 ha sido causa adecuada del accidente sufrido por el Sr. Vera. Además, y aun reconociendo el esfuerzo de la letrada de la actora que procuró insuflar coherencia a relatos difíciles de conciliar, entiendo que la versión original de los hechos que da la víctima en su declaración de fs. 13 de la IPP anexa, no puede ser ignorada, y que las sustanciales diferencias de aquella versión respecto a la escueta descripción de fs. 73, y aún de la ampliación intentada en esta instancia, quitan seriedad al reclamo. III.1: A fs. 13 de la IPP 137.570 anexa, obra la "declaración de la víctima" en donde once días después del accidente, afirma que circulaba "...en bicicleta por la ruta vieja donde están realizando tareas, que cuando iba llegando a la altura del km.21 fue embestido por una camioneta blanca, con el espejo, a la altura de su espalda, siendo despedido a una zanja junto con la bicicleta...". Tal declaración es coherente con la primera versión de los hechos que refleja el acta de fs. 3, donde se hace constar el llamado de la hija del Sr. Emilio Vera al Destacamento Vial "EL Soldado" (fs. 3 de la IPP) el día del hecho, en horas de la tarde, y con la declaración del hijo de la víctima, Leonardo Hernán Vera a fs. 4, explicando que "...su padre le manifestó que en circunstancias en que se movilizaba en bicicleta por la ruta vieja DE NOCHE, EN SENTIDO Balcarce Mar del Plata, lo había colisionado un vehículo, del cual solo recuerda que era blanco, dado a que lo único que le vio fue la trompa." Esa misma versión del hecho dañoso brindó la víctima al enfermero, empleado del peaje de Camino del Abra que fue en su auxilio (fs. 11 de la IPP), con la nimia diferencia de que la camioneta blanca lo había enganchado en la botamanga, aunque en esencia, el relato que atribuye la autoría del accidente a un vehículo blanco está presente en los dichos del testigo Prituluk (fs.12 de la IPP). III.2: En la demanda de daños, donde se exige una enumeración ordenada, detallada y circunstanciada de los hechos que fundan la acción, la apoderada del actor dice que "El Sr. Emilio Oscar Vera circulaba en bicicleta por la ruta vieja desde su lugar de trabajo en el camping "Colinas Verdes" hacia su casa ubicada en el Km.20 ½ de la Ruta 226. Circulando a la altura del Km.21 y aproximadamente a las 20 hs. del día 24/2/2003, cae en una excavación de aproximadamente 90 cms. de profundidad por 1,50 cms. de ancho. No existía en el lugar vallas metálicas y/o malla de polietileno color naranja y/o empalizada y/o cualquier tipo de resguardo a la zanja hecha."(fs. 73 y vta.). No hay aquí referencia alguna al vehículo blanco, a la camioneta blanca mencionada a sus hijos, a los testigos Prituluk y Echeverría, y señalada expresamente por la víctima en su declaración ante el oficial de policía (fs. 13 IPP) como la causante de su caída en la zanja. No es posible encontrar tampoco una explicación de la alteración del relato original, de ese cambio sustancial, un motivo para la transformación básica de los hechos, que pudiera justificar la notable contradicción frente a un acto anterior, propio y jurídicamente relevante. De la escueta descripción ya transcripta, la parte actora pasó a destacar la ausencia de protección en la zona de obra que - a su juicio - hubiera evitado la caída que, de ceñirnos exclusivamente al texto de la demanda, no podríamos saber cómo o por qué se produjo, porque nada de ello se dice en la demanda. ¿Cómo y por qué se cayó Vera en la zanja donde fue encontrado? ¿Por qué fue a parar allí desde la ruta "vieja"? Nada se dice al respecto en el escrito de demanda. El cumplimiento de la carga que exige describir detalladamente los hechos que constituyen la relación jurídica o causa petendi, tiene decisiva relevancia en las etapas probatoria y decisoria, pues no se podrá producir prueba sobre los hechos que no han sido articulados (art. 362 CPC), y el Juez no podrá resolver sobre cuestiones que no han sido planteadas (arts. 163 inc.6 y 272 del CPC). De allí que le asista razón a una de las apelantes cuando se pregunta cuál es el hecho por el que el sentenciador le adjudica el 20% de responsabilidad, "si nadie, ni el sentenciante sabe cómo fue el hecho", y ello se debe a que en la demanda no se explica el cambio radical de la autoría, ni se describe de qué modo se produjo la caída. El relato circunstanciado

de los hechos, congruente con la llamada teoría de la sustanciación (Leguisamón, Héctor Eduardo ?Derecho Procesal de los accidentes de tránsito? Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016 t°I p.214/5) ?...no se satisface cuando el actor se limita a mencionar ?una cuestión de hecho? sin explicitar cuál es el estado de cosas involucrado en la misma. Así pues, por ejemplo, no bastaría con la mención genérica de que ha ocurrido un accidente perjudicial para al actor e imputable al demandado, sin explicar cómo ha sido el accidente y cuales los daños sufridos? (Zavala de González, Matilde ?El proceso de daños? 3.p.47 Hammurabi, Bs.As., 1993). En este caso, salta a la vista la falta de identificación clara, y de descripción precisa y oportuna del hecho causante del daño. III.3: En esta segunda instancia, la parte actora ha hecho - como ya destacué - un esfuerzo notable por hacer coherentes las distintas versiones

No obstante, sus quejas son improcedentes, sea por el tenor de algunas, como también por la oportunidad en la que se pretende completar la descripción de los hechos cuya mecánica debió ser articulada, explicada y probada en la instancia de origen (art. 272 del CPC). a) Así por ejemplo, el hecho de que la declaración de la víctima en la IPP, donde dice que fue embestido por una camioneta blanca, haya sido tomada por ?un policía? (en cursiva destacada en el original a fs. 1593 último párrafo), no puede - con los elementos de prueba rendidos en este proceso - hacer presumir otra cosa que no sea la veracidad y autenticidad del relato hecho ante el oficial público que ejercía la función para la que tiene competencia. Sea que se otorgue al acta policial el carácter de instrumento público como supo hacer la jurisprudencia (Orelle, José M. en Código Civil Comentado? Belluscio -Zannoni, Astrea, Bs.As.1982, t°4 p.485, nota 45), o que se la juzgue como un documento público de origen administrativo que se presume auténtico hasta que se demuestre lo contrario (Rivera, Julio César ?Instituciones de derecho civil:Parte general? Abeledo-Perrot, Bs.As.2010, t°II-442) los hechos relatados por el Oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, deben ser tenidos por ciertos en tanto no se intente - al menos - probar en contra de lo que allí se afirma, para lo cual habría que haber presentado algo más que meras suspicacias, habría que haber dicho en la instancia de origen cuál era la razón para descartar esa declaración jurídicamente relevante.

b) El estado de confusión, obnubilación o como quiera calificárselo que se atribuye -aquí y recién ahora - al actor, tan derechamente como si el Tribunal tuviera que presumirlo (en contra de los arts. 52 y 140 del CC y 31 del CCyC), debió ser debidamente alegado y probado en primera instancia, y no puede ser abordado en la etapa del tratamiento del recurso de apelación porque implicaría violar la defensa en juicio de las demandadas. Nada pudieron decir o probar al respecto las accionadas, en tanto nunca se les hizo saber que para justificar la flagrante contradicción entre ambos relatos, se invocaría que la víctima se encontraba en un estado tal de su shock postraumático que lo llevó a afirmar ante el oficial de policía lo que no era cierto, a hacer un relato falso, a inventar la decisiva participación de una camioneta blanca que lo habría empujado, y que luego se omite resueltamente sin justificación alguna.

c) La apelante no se detiene allí. Decididamente enrostra a las accionadas no haber querido despejar las dudas, al desistir de la prueba confesional (fs. 1593 in fine y vta.). El argumento no parece presentable. La descripción circunstanciada de los hechos, y la selección de aquellos que se exponen en la demanda, y sobre los que habrá de producir prueba, resulta competencia y exclusiva responsabilidad de la parte actora. Quien demanda es quien debe alegar y probar el hecho. Las demandadas no tienen por qué ir en contra de sus intereses, ayudando o supliendo las cargas que su adversario omitió cumplir (art. 375 del CPC).

d) Algo similar sucede con la ampliación del relato de los hechos que la actora hace a fs. 1592, dentro de su recurso. En primer lugar señala que ?de las dos opciones que propone V.S.? (sobre cómo fue el hecho) ?la respuesta es la segunda, el Sr. Vera se cayó -sin intervención activa de un tercero - a la mencionada excavación que se presentaba como un obstáculo riesgoso en su marcha y que carecía de señalización y protección?, para luego explicar que ?en su propia jerga?, Vera calificaba como camino viejo a la ruta en uso que aún no había sido ampliada a la doble trocha, y finalizar la complementación y detalle circunstanciado del hecho, diciendo que esa mañana había salido de su casa por una entrada en el Km. 21 que a su vuelta había sido suprimida por el avance de los trabajos durante el día y que por ello cayó en la zanja. Esas circunstancias - imprescindibles para comprender como podría haber sucedido el hecho- debieron ser incluidos en la demanda (arg.art.272 del CPC), de modo que las accionadas pudieran alegar y probar en contra, por ejemplo: que no había una entrada, o que habiéndola, el avance de los trabajos no la suprimió.

e) Es cierto que el estado de ebriedad debe ser acreditado (Arean, Beatriz ?Juicio por accidentes de tránsito?, Hammurabi, Bs.As.2006 t°2 p.122 y jurisprudencia allí citada), pues como toda eximente la apreciación de su prueba debe ser severa. Se requiere certeza de que el daño obedece a esa causa (Zavala de González ?El Proceso de daños? 3, p.214, Hammurabi, Bs.As.1993). En autos hay apenas un indicio del estado de Vera porque dos testigos declaran que tenía un notable aliento

alcohólico, y porque a fs. 680 en la hoja del servicio de guardia del HIGA, al momento en que lo internan, se deja constancia allí de su aliento etílico, sin que sepamos si se le practicó un dosaje. f) La explicación en torno al concepto de ?ruta vieja? aun cuando pudiera considerarse una interpretación de los dichos de la demanda, y se descarte su sentido ampliatorio del hecho, no quita que el actor circulaba por un lugar prohibido. Dos de las demandadas han recurrido a la ley 24.449 y sus prohibiciones, o a la prohibición propia de la zona de obra (fs.253). Sin embargo, aquella ley entró a regir en la Provincia de Buenos Aires mediante decreto 70 del año 2007, por lo que al momento del hecho (2003) estaba vigente la ley provincial 11.430, y tenía aplicación

territorial en la ruta nacional (Arean, Beatriz ob.cit.p.70 tº1). Esa ley provincial establece en su art. 67 que "Las cabalgaduras, vehículos de tracción a sangre y vehículos menores, en ningún caso podrán circular sobre las calzadas de carreteras, autopistas, semiautopistas o rutas en zonas rurales, suburbanas, o urbanas con la excepción prevista en el artículo 31º". De modo que el actor circulaba en un vehículo de tracción a sangre por un lugar prohibido, y a estar a la escasa descripción del hecho presentado en la demanda a fs. 73, donde a la circulación por la ruta le sigue la caída sin otra circunstancia, explicación ni detalle, solo es posible concluir que la infracción ha tenido una influencia causal excluyente en el acaecimiento del hecho dañoso (esta Cámara, Sala II, 03.07.2003 LLBA 2003-1384 citado por Pizarro, Ramón Daniel: "Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa", edit.La Ley 2006 tº II, p.272 nota 242; Sala III 145.780 respecto al tratamiento de oficio de las eximentes).

g) Repasando lo expuesto, advierto que del accidente provocado por una camioneta blanca, pasando por la caída en la zanja provocada por el solo hecho de circular en la ruta, sin otros detalles, llegamos a un relato que aunque luzca más detallado y coherente, no ha podido ser contestado, ni probado. La actora ha aportado hasta aquí, tres versiones diferentes del hecho en que basa su demanda. En situación similar, la SCBA ha dicho que "Estas idas y venidas de la parte demandante, mostrando posturas contradictorias y desconociendo las razones profundas de la resolución de esta Suprema Corte a las que ya hice referencia, generan una primera reflexión. La demanda es la forma en que se pone en ejercicio la acción, y a través de ella se configura el restringido universo dentro del cual entrechocarán las respectivas posturas, se producirá la prueba que las avale y se resolverá por el juez al dictar la sentencia. Ese universo no puede ser constantemente modificado, acomodándolo según las circunstancias y las conveniencias, porque ello implica la violación de elementales deberes de buena fe y de la doctrina elaborada respecto de los actos propios (todo ello traducido en la fórmula (venire contra factum proprium non valet) (en negrilla en el original; C. 88.395, "Y . J . A . contra Municipalidad de Junín. Daños y perjuicios del 13.06.2006). Nadie puede obtener una ventaja del hecho de ponerse en contradicción con un acto anterior jurídicamente relevante, y aun cuando fuese posible que el Juez seleccione alguna de las tres versiones distintas del hecho que han sido presentadas en el caso, ninguna de ellas es apta para sostener la acción. La primera versión (fs. 13 IPP) fue descartada sin brindar explicaciones por la propia actora; la segunda es atribuible a la culpa de la víctima que infringió la prohibición de circular por una ruta (art. 67 ley 11.430), y la tercera se presentó tardíamente y no pudo ser contestada ni probada. En consecuencia, la pretendida justificación de la contradicción, las explicaciones y detalles sobre el hecho aportados en la expresión de agravios, no pueden ser atendidas, por insuficientes, procesalmente inoportunas, contrarias al principio de buena fe (actos propios) y a la expresa letra de la ley civil (arts. 52 y 140 CC). Entiendo que debe hacerse lugar al recurso de las demandadas y revocar la sentencia, rechazando íntegramente la demanda. IV: Si mi voto es compartido, habrán quedado desplazados los restantes agravios de las partes, y solo quedará por tratar el recurso de "La Mercantil Andina", en lo que hace a las costas por la citación en garantía. V: El recurso de la aseguradora no progresa. a) Enseña Stiglitz ("Derecho de seguros" edit. La Ley Bs.As.2005, tºI p. 682) que las modificaciones al riesgo o a su extensión delimitados en la póliza, se hacen mediante condiciones particulares, apéndices, endosos, adicionales etc. El motivo de las condiciones particulares agregadas a la póliza ... en el endoso ..., es el "cambio en la ubicación del riesgo?", conforme aparece claramente expresado a fs. 369. Se trata del mismo productor, del mismo asegurado, igual riesgo, solo que con diferente ubicación. La liquidación de la prima se hace en cero pesos (\$ 0,00) (fs. 369 vta.) porque ya fue liquidada en la póliza original que se rectifica mediante el endoso (fs. 368 vta.), lo cual refuerza el carácter unitario, "se los considera parte integrante de la póliza, y si contradicen las constancias de las condiciones generales, prevalece el endoso" (Stiglitz, Rubén S. ob.cit.p.685). Tratándose de un solo contrato modificado el agravio no puede ser estimado. b) Respecto a la inaplicabilidad del art. 56 LS al caso de un riesgo no cubierto, entiendo que el agravio tampoco puede ser apreciado. Al tiempo de denunciar el siniestro la póliza ya había sido modificada mediante el endoso ..., que por entonces (fs. 362 sello "8. OCT.2004") era "parte integrante de la póliza", y ambos formaban un solo contrato. La aseguradora se pronunció sobre el único contrato formado por la póliza con su endoso, y solo dijo que estaba suspendida la cobertura por falta de pago del premio. No expuso otro motivo. No rechazó el siniestro argumentando que el endoso modificadorio del riesgo tenía una fecha de vigencia posterior al suceso, tampoco se refirió al riesgo originario (kms.319-360 ruta 226) distinto, ni planteó que el accidente era ajeno a la delimitación espacial. La SCBA tiene dicho que "si el art. 56 de la ley 17.418 impone al asegurador pronunciarse dentro de los 30 días acerca del derecho del asegurado y tal amplitud en el objeto sobre el que recae la carga no permite distinciones apoyadas en la diversa naturaleza del incumplimiento, resultan extemporáneas las que, con sustento en los referidos incumplimientos se plantean recién ante la citación en garantía efectuada en el juicio" (L 49-495 "Giménez, Esteban c. Alfredo Evangelista S.A.C.I. y otra s. Accidente" del 28.12.1993, AYS 1993-IV 673 con cita del Ac.42.239 del 7.VIII-90). Señala Meilij ("La carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado" LL 2011-D,1058 AR/DOC/2142/2011 con cita del fallo de la SCA citado en notas 5 y 6) que el contenido de esa tempestiva declaración constituirá luego el límite de admisibilidad de las defensas que el asegurador pretenda oponer a su respecto, por lo que su contenido ideológico limitará los términos de la controversia. c) Como consecuencia de dicha limitación, solo

podrán atenderse los agravios relacionados con la configuración de la mora pretendida. Los argumentos en los que el apelante sostiene su agravio (cuarto) sobre el tema, resultan contradictorios con lo expuesto en la carta documento de fs. 361. Allí la aseguradora dice que la cobertura se encontraba suspendida a la fecha del hecho? por falta de pago del premio. El hecho ocurrió el 24 de febrero de 2003, el mismo día en que se emitió la póliza en la ciudad de Buenos Aires. Como la póliza fue recibida en esa ciudad por el agente de seguros de Coarco, Sr. Narducci, el día 10 de Marzo de 2003 (fs.1055 respuesta a la tercera pregunta) y el premio no es exigible hasta la entrega de la póliza, pues no se ha emitido un certificado de cobertura (respuesta a la pregunta 5), es materialmente imposible que el asegurado hubiera estado en mora en el pago del premio? al día del hecho?, como erradamente sostuvo La Mercantil Andina. La mora posterior al siniestro - de haber existido - no puede suspender la cobertura en forma retroactiva para afectar un siniestro producido cuando el asegurado no estaba, ni podía estar, en mora. En síntesis, la causa invocada por la aseguradora para el rechazo del siniestro es errada por materialmente imposible y sus agravios al respecto deben rechazarse. d) Finalmente, el art. 3 de la ley 17.418 establece que el contrato de seguro puede comprender un período anterior a su celebración y solo resultará nulo si al tiempo de la conclusión el asegurador conocía la imposibilidad de que ocurriese el siniestro o el tomador conocía que se había producido. No es objeto de debate el momento en que el asegurado toma conocimiento del reclamo y lo comunica a la aseguradora, y ello sucede con posterioridad a la emisión de la póliza y a la de su endoso. De este modo el caso no encuadra en el supuesto contemplado por la norma. Tengo presente también algunos indicios que sugieren la existencia de un error inicial en la delimitación espacial del riesgo, que fuera rectificado mediante el endoso. Aunque su análisis no resulte ya imprescindible, el recuento de los hechos indicadores muestra que: a) el contrato - que estaba previsto hasta octubre de 2003 - fue modificado antes de los 30 días manteniendo la duración original, el valor del premio, y las demás condiciones con el expreso propósito del ?cambio de ubicación del riesgo?(fs.369); b) se trataba de un solo contrato que cubría el riesgo ubicado en donde sucedió el hecho, conforme el testimonio del Sr. Narducci en su respuesta a la pregunta novena (fs.1055); c) la aseguradora solo opuso la presunta mora, sin mencionar hasta la citación a juicio, la delimitación temporal o espacial. Por las razones y citas legales expuestas propongo que se rechace el recurso de la actora y de la citada en garantía ?La Mercantil Andina?, y se haga lugar al recurso de las demandadas, revocando la sentencia y rechazando íntegramente la demanda. VOTO POR LA NEGATIVA A la misma cuestión el Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez dijo: Anticipo mi adhesión al voto del distinguido colega que me precede en el voto. Y en tal sentido, más allá de las aclaraciones que efectúa el Dr. Loustaunau en cuanto a la diferente versión de los hechos que diera el Sr. Vera en la causa penal (ver IPP 137.570, que tengo a la vista) en contraposición con el escueto relato de la demanda de fs. 72/89; lo cierto es que la imposibilidad de acceder a la indemnización se halla en la comprobación de la ausencia de ?relación de causalidad?, siendo ésta uno de los cuatro presupuestos indispensables para determinar la responsabilidad civil (daño; antijuridicidad, nexo de causalidad adecuada, factor de atribución - ver Pizarro-Vallespinos ?Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones?, T°4, pag. 207, ed. Hammurabi, año 2007; art. 906 del CC, aplicable al caso por lo dispuesto en el art. 7 del CCyCN). De acuerdo a lo explicado reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia, aquí hubiera sido necesario que el accionante demostrara que la ?causa? (es decir lo que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas -art.901 del Cod.Civ.-) de los daños padecidos por el Sr. Emilio Oscar Vera fueron consecuencia inmediata o mediata previsible de la ?cosa? o ?actividad riesgosa? que se estaba llevando a cabo en la ruta 226 a la altura del kilómetro 20-21. También es sabido, que tratándose de responsabilidad objetiva (art. 1113 2do párr. del CC), al actor le bastaba con demostrar, simplemente, que tuvo contacto material con la cosa o actividad, para que se traslade la carga probatoria a la demandada, quien -como mecanismo de interrupción causal- debería aportar la necesaria para revelar que el accidente se produjo por una causa ?ajena?, es decir el hecho de la propia víctima, el de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito (Bustamante Alsina, Teoría General de la responsabilidad civil, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997, pág.305 y ss.; Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, T°3, ed Hammurabi, BsAs., 2008, pag.108; misma obra, T°4, pág.571; Goldenberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, ed. Astrea, BsAs, 1989, pág.174). Pues bien, en el caso bajo examen se afirma que el Sr. Vera se desplazaba en bicicleta por la ruta 226 (conducta prohibida expresamente por el art. 67 de la ley 11.430), la que -a su vez- estaba siendo objeto de obras (ampliación a la doble trocha). Y al no haber diferencia de versiones sobre el punto, queda sellado el plafón fáctico sobre el que debe aplicarse la normativa determinante de la responsabilidad civil. La propia versión volcada en la demanda queda incorporada en la causa por el principio de adquisición procesal (ver jurisprudencia de la SCBA, Expte. 105.360 ?García? del 1 de junio de 2011, entre otros). En mi opinión, el material probatorio (ya analizado en el voto del distinguido colega preopinante) da pie a la defensa ensayada por las codemandadas: ?hubo culpa de la víctima con entidad suficiente para interrumpir totalmente el nexo de causalidad?. No desconozco que en algunos casos (como lo decidió el juez de grado), existe la posibilidad de distribuir la responsabilidad si el ?aporte causal? de la víctima solo ha operado como ?concausa?. El magistrado de grado entendió que la víctima incurrió en una conducta necesaria, pero concurrente con otra causa aportada por la empresa constructora

(esto es por la falta de señalización y protección en el sector donde terminó cayendo el Sr. Vera). Sin embargo, en coincidencia con la opinión del Dr. Loustaunau, considero que la ?causa? exclusiva fue la culpa o hecho de la víctima. Entiendo que de no haber transitado por una zona ?prohibida? (art. 67 de la ley 11.430) para la circulación en vehículos de tracción a sangre (vgr. bicicleta) no hubiera existido la posibilidad de que cayera en la zanja excavada por la constructora. Es decir, sin esa conducta, el daño no se hubiera producido. Ese acontecimiento no puede considerarse una simple ?concausa? a la que estaría dada por la falta de precauciones o señalización en banquina, en tanto luce como acto idóneo de exposición a todos los riesgos posibles de accidente en una ruta o autopista. Fue la propia víctima que, con total infracción a la ley, ingresó en bicicleta a un lugar ?prohibido para circular? en ese medio de locomoción, exponiéndose a cualquier resultado dañoso. Reza el art. 1111 del CCivil: ?El hecho que no causa daño a la persona que lo sufre sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna?. Más allá de la terminología empleada por la norma y las interpretaciones que se han sostenido sobre su alcance (ver comentario a art. 1111 del CC en la obra de Bueres-Highton; tomo 3-A, pág. 421), lo cierto es que en este supuesto lo que se contempla es aquella situación en la que la víctima actúa como causa exclusiva. Su protagonismo desvincula la relación de causalidad entre el hecho nocivo (en el caso: caída en alcantarilla o excavaciones por obras en la ruta) y los daños sufridos. Es decir, su conducta tiene habilidad suficiente para cortar la causalidad adecuada entre el supuesto hecho ilícito (ausencia de red o señal) y los daños (ob. cit. pág. 421/422). Dice Kemelmajer de Carlucci: ?el hecho de la víctima es la conducta por la cual el agente se perjudica a sí mismo? (Cód. Civil. Comentado, anotado, y concordado). Realizando una evaluación retrospectiva del caso, insisto, es indudable que el accionar del Sr. Vera fue determinante. En tal sentido, tengo en cuenta las siguientes circunstancias: a) se introdujo en bicicleta en una ruta; b) infringió la prohibición de tránsito para vehículos de tracción a sangre; c) lo hizo en un horario de poca visibilidad; d) el sector donde se produjo la caída, no fue la propia cinta asfáltica sino un lugar aledaño donde se hallaba en pleno desarrollo una obra de ampliación a doble trocha. Es decir, no puedo compartir la concausalidad que propone el a quo, porque el proceder de la víctima fue lo determinante de los daños padecidos. De los elementos obrantes en la causa no surge otra versión posible que la siguiente: el Sr. Vera, yendo en bicicleta por la ruta, decidió doblar hacia la derecha y, atravesando la zona de obra, lograr acceder a la zona poblada de ?Colinas Verdes?. Esto significaría que acometió un cruce ?notoriamente riesgoso?, colocándose en la situación de sufrir la consecuencia dañosa. Entiendo que la falta de una red de contención, o de señalización específica de apertura de una zanja en una zona no habilitada para el tránsito de personas (salvo que se trate de los propios operarios de la constructora), no implica un aporte causal que borre, siquiera parcialmente, el propio aporte causal de la víctima. Y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no hay en la previsión legal del art. 67 de la ley 11.430 ninguna infracción al derecho a transitar de cualquier ciudadano (art. 14 de la CN) en tanto la exclusión no es absoluta, permitiéndose a peatones o ciclistas que lo hagan por vías alternativas e, incluso, crucen la autovía en los sectores habilitados para ello. Desde mi punto de vista, el comportamiento del Sr. Vera tuvo la eficacia necesaria para cortar el nexo causal que la actora asigna a la falta de señalizaciones en la zona de obra (argto. jurisprud. SCBA, Expte.N°97.613 ?Aguerrebengoa? del 4/6/2008, entre otras) lo que sella la suerte del recurso. Por todo lo expuesto, como lo anticipé adhiero al voto precedente. **ASÍ LO VOTO** A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: Atendiendo a la votación precedente corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación de la actora, con costas (art. 68 del CPCC). II) Rechazar el recurso de La Mercantil Andina, imponiéndole las costas por la excepción de falta de legitimación pasiva (arts. 68 y 274 del CPC). III) Hacer lugar a los recursos de las demandadas y revocar la sentencia apelada rechazando íntegramente la demanda, con costas a la actora vencida (arts. 68 y 274 del CPC). IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. **ASÍ LO VOTO** El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. **SENTENCIA** Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: I) Se rechaza el recurso de apelación de la actora con costas (art. 68 del CPCC). II) Se rechaza el recurso de La Mercantil Andina, imponiéndole las costas por la excepción de falta de legitimación pasiva (arts. 68 y 274 del CPC). III) Se hace lugar a los recursos de las demandadas y se revoca la sentencia apelada rechazando íntegramente la demanda, con costas a la actora vencida (arts. 68 y 274 del CPC). IV) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase.

041241E